Der Begriff „desselben rechtlichen Verhältnisses“ in § 273 Abs. 1 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Martin Röttcher

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Begrenzung des Themas 1

Erster Abschnitt.

Die geschichtliche Entwicklung des Erfordernisses der Konnexität bei der Retention.

Allgemeine Bemerkungen 3

§ 1. 1. Die Retention im römischen Recht 3

§ 2. 2. Die Retention im gemeinen Recht 8

§ 3. 3. Das Zurückbehaltungsrecht in den Partikulargesetzen des 18. und 19. Jahrhunderts 19

§ 4. Anhang: Das Zurückbehaltungsrecht des Handelsrechtes 21

Zweiter Abschnitt.

Das Erfordernis der Konnexität beim Zurückbehaltungsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 5. 1. Aufnahme ins Bürgerliche Gesetzbuch 23

§ 6. 2 Stellungnahme der modernen Wissenschaft gegenüber den Gesetzesworten im § 273, 1 26

§ 7. 3. Stellungnahme des Verfassers gegenüber den Gesetzesworten . . . 36

Schluß: Die Konnexität bei den im § 273, 2 geregelten Fällen des Zurückbehaltungsrechtes 50

Literaturverzeichnis.

Gesetzestext und Materialien.

Grotefend, Allgemeines Landrecht. Düsseldorf 1879.
Siebenhaar, Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. 2. Aufl. Leipzig 1865.
Code Civil. Paris 1807.
Corpus Iuris Romani anteiustiniani: Ulp. fragm. Bonn 1841.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung, amtliche Ausgabe. Berlin, Leipzig 1888.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. München 1906.
Krüger-Mommsen, Corpus Iuris Civilis. Berlin 1902.
Litthauer, Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. Berlin 1901.
Landrecht für das Großherzogtum Baden. Karlsruhe 1867.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1896.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. Berlin 1903.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 9. Aufl. Berlin 1901.

Lehrbücher und Kommentare.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. Stuttgart 1886.
Biermann-Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen, Leipzig 1900.
Dernburg, Bürgerliches Recht. 4. Aufl. Halle 1909.
Dernburg, Pandekten. 3. Aufl. 1892.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Aufl. Berlin 1906.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Marburg 1908.
Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Berlin, Leipzig 1886.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. Berlin 1896.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 1868.
Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Teil 15. Erlangen 1813.
Hahn, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Braunschweig 1875.
Hölder-Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. Leipzig 1863.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.
Pernice, Labeo. 2. Aufl. Halle 1895.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1907.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit Erläuterungen. Berlin 1903.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Leipzig 1847.
Sohm, Institutionen. 7. Aufl. Leipzig 1898.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Staudinger, Recht der Schuldverhältnisse. Allgem. Teil (Kuhlenbeck). 2. Aufl. München 1906.
v. Wächter, Pandekten. Leipzig 1881.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. (Kipp). Frankfurt 1900.
Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl. Freiburg i. B. 1894.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Leipzig 1892.

Monographien, Dissertationen.

Bleyler, Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung. Rostock 1905.
Bunsen, Das gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Verpächters und Vermieters. Rostock 1884.
Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation. 2. Aufl. Heidelberg 1868.
Groskopff, Zur Lehre vom Retentionsrecht. Oldenburg 1858.
Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht. Rostock 1886.
Rech, Das Rechtsverhältnis. Bonn 1904.
Rieger, Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Tübingen 1901.
Schenck, Lehre vom Retentionsrecht. Jena 1837.
Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904.
Schoenenberg, Die Voraussetzungen der im § 273 Abs. 1 BGB. geschaffenen Retentionsbefugnis. Gießen 1900/01.

Entscheidungen und Zeitschriften.

Archiv für die zivilistische Praxis. Heidelberg 1868.
Deutsche Juristenzeitung 1903 und 1904.
Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 1906.
Jahrbuch für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Jena 1891.
Juristische Monatsschrift für Posen und Westpreußen. 1898.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. München 1859 und 1886.
Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Leipzig 1901.
Das Recht. 1904.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. München, Leipzig 1888.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle. Berlin 1862.
Weiske, Rechtslexikon. Leipzig 1855.

Einleitung.

Bevor auf den Begriff „desselben rechtlichen Verhältnisses“ in § 273 Abs. 1 BGB. und auf seine geschichtliche Entwicklung eingegangen wird, seien einige „das Zurückbehaltungsrecht“ betreffende Fragen allgemeiner Natur kurz berührt.

Der zitierte § 273 BGB. regelt das bürgerliche gesetzliche Zurückbehaltungsrecht. Die wichtigsten und häufigsten Fälle desselben, den Fall der Zurückbehaltung bezw. Leistungsverweigerung bei gegenseitigen Verträgen und den Fall der Zurückbehaltung einer Sache durch den Besitzer wegen der auf dieselbe gemachten Verwendungen gegenüber dem Eigentümer, regeln besondere Bestimmungen, den ersten Fall die §§ 320 f.: Es ist dies die sogen. Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die exceptio non adimpleti contractus des gemeinen Rechtes, den zweiten Fall der § 1000. Die hier vertretene Ansicht, daß diese beiden Fälle besondere, wegen ihrer Wichtigkeit vom Gesetzgeber an den geeigneten Stellen des Gesetzes noch einmal hervorgehobene Anwendungsfälle des im § 273 geregelten Zurückbehaltungsrechtes seien, ist freilich keineswegs unbestritten. Ich folge der Ansicht von Dernburg,[1] Planck,[2] Staudinger[3] und Fischer-Henle,[4] während z. B. nach Rehbein das Zurückbehaltungsrecht in den §§ 273 f. BGB. nichts mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu tun hat. Ähnlich Crome[5] und Schollmeyer.[6] Rieger z. B. betrachtet zwar § 320 als einen „Spezialfall des generellen Zurückbehaltungsrechtes“, stellt aber beide in Gegensatz zu dem „Zurückbehaltungsrecht des Sachenrechts“ in § 1000.

Des näheren soll auf diese Streitfrage hier nicht eingegangen werden, ebenso nicht auf die Frage nach der rechtlichen Natur des Zurückbehaltungsrechtes, ob es überhaupt ein Recht ist, das

---

[1]) Bd. 2, 1 S. 144 Anm. 2, S. 146.
[2]) Bd. 2 S. 64, 65.
[3]) Bd. 2a S. 72.
[4]) § 273 Anm. 1.
[5]) Bd. 2 S. 90.
[6]) Bd. 1 S. 547.

durch Einrede geltend gemacht wird (Cosack),[7] oder ob es nur eine Einrede ist (Crome,[8] Oertmann,[9] Staudinger).[10])

Aber auch nicht einmal der gesamte § 273 ist Gegenstand unserer Erörterung. Wir wollen uns auf Abs. 1 beschränken, wenn freilich auch eine kurze Besprechung der Stellung des Abs. 2 des Paragraphen zu Abs. 1 nötig wird, um das Thema zu erschöpfen. Über Wesen und Wirkung des Zurückbehaltungsrechtes, über sein Verhältnis zur Aufrechnung und zum kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht ist hier nur insoweit zu sprechen, als die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung dies nötig macht. Wir wollen uns im Prinzip auf eine der Voraussetzungen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechtes beschränken, auf die Konnexität.

Das Zurückbehaltungsrecht verlangt wie die Aufrechnung seiner Natur entsprechend zwei Personen, die voneinander Leistungen zu fordern haben. Aber damit nicht genug: Diese Berechtigungen auf Leistung müssen auch in einem gewissen Verhältnisse zueinander stehen, das wie im gemeinen Recht auch heute noch kurz als „Konnexität" bezeichnet wird, ohne daß dieser Begriff je unbestritten gewesen wäre. Das Bürgerliche Gesetzbuch, welches das Erfordernis der Konnexität übernommen hat, hat durch seine Formulierung des § 273 diesen Streit auch nicht beigelegt. Unsere Aufgabe soll es sein, unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung die möglichen Bedeutungen der zweifelhaften Worte des § 273 an der Hand der uns vorliegenden in Theorie und Praxis vertretenen Auffassungen derselben zu erläutern, uns dann eine eigene Ansicht zu bilden und diese gegenüber abweichenden zu vertreten.

---

[7]) Bd. 1 S. 321.
[8]) Bd. 1 S. 545 Anm. 1.
[9]) S. 77.
[10]) Bd. 2a S. 72.

Erster Abschnitt.

Die geschichtliche Entwicklung des Erfordernisses der Konnexität bei der Retention.

Wie bekanntlich das gesamte zweite Buch unseres Bürgerlichen Gesetzbuches, „Das Recht der Schuldverhältnisse“, im Gegensatz zum dritten Buch, „dem Sachenrecht“, von wenigen Ausnahmen abgesehen, auf römisch-gemeinrechtlicher Grundlage aufgebaut ist, so haben wir die Wurzel auch des § 273 im römischen Recht zu suchen. Ein entsprechendes deutschrechtliches Institut finden wir z. B. im Schüttungsrecht der Volksrechte,[1] das später zu einem Pfandrecht ausgestaltet wurde. In neuerer Zeit (zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts) hat Harder[2] versucht, das gemeine Retentionsrecht als deutschrechtliches Institut zu konstruieren. Er bezeichnet es als „eine dunkle Erinnerung an deutsches Rechtsleben“, wenn Glück[3] das Retentionsrecht eine Selbsthilfe nennt. Doch Harder hat keine Anhänger gefunden, denn das alte deutsche Zurückbehaltungsrecht war — in den verschiedensten Fällen, in denen es auch auftrat — stets ein „eigenartiges dingliches Recht“[4] und hat weder auf den gemeinrechtlichen, noch auf den modernen Begriff des Zurückbehaltungsrechtes nennenswerten Einfluß ausgeübt.[5] Für unsere Aufgabe haben wir also ausschließlich die römisch-gemeinrechtliche Entwicklung ins Auge zu fassen.

§ 1.

Die Retention im römischen Recht.

Das Retentionsrecht als solches ist im römischen Recht nie Gegenstand, wenigstens nie ausschließlicher Gegenstand eines Ge-

---

[1]) Brunner, Deutsch. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 531.
[2]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 51 S. 114/15.
[3]) S. 122/23.
[4]) Schlegelberger S. 48.
[5]) Rieger S. 11.

setzgebungsaktes gewesen. Die erste Erwähnung eines Retentionsrechtes haben wir bei der lex Rhodia de iactu [1]) nach Dernburg [2]) zu sehen. Es ist ein Produkt der praktischen römischen Jurisprudenz, es ist wie auch manches andere Rechtsinstitut des römischen Rechtes aus der exceptio doli generalis hervorgegangen, jener „Ausnahme", die der Prätor dem Kondemnationsbefehl an den iudex hinzufügte: Dieser solle nicht allein nach dem ius strictum des alten Zivilrechtes, sondern ex aequo et bono entscheiden und alle Umstände berücksichtigen, die etwa die Klage als wider die bona fides verstoßend erscheinen lassen könnten, so z. B. Gegenansprüche desselben gewisser Art. Die exceptio doli war „ein einfaches Mittel, die Berücksichtigung der verschiedenartigsten Einreden zu erwirken, ohne diese sofort genauer zu bestimmen und nach älterem Verfahren so in die formula einfügen zu lassen".[3]) Diese exceptio erzwang mithin „die gleichzeitige Behandlung mehrerer an und für sich selbständiger Streitigkeiten in einem Prozeßverfahren",[4]) so daß der nach altem Zivilrecht zu verurteilende Beklagte im konkreten Fall daraufhin häufig absolviert werden konnte. „Vor allem ward die exceptio doli durch diesen ihren weiten Inhalt das Mittel, dessen die römische Jurisprudenz und Praxis sich bediente, um die Umbildung des materiellen Rechtes im Sinne der aequitas zu bewirken".[5]) Weiter kann hier auf dieses für die römische Rechtsentwicklung so äußerst wichtige Institut nicht eingegangen werden.

Ebenso wie die Retention ist auch die Kompensation aus der exceptio doli hervorgegangen. Auf beider „Rechtsmittel" — mit dieser Bezeichnung weist Dernburg [6]) auf ihren prozessualen Charakter hin — ursprünglich gemeinsame Entwicklung muß hier kurz eingegangen werden, um die Entstehung des Erfordernisses der Konnexität bei der Retention darzustellen. Retention wie Kompensation hatten ursprünglich den Zweck der exceptio doli gemein, nämlich zu verhindern, daß eine Partei, die einen fälligen Anspruch gegen die andere hat, nicht Treu und Glauben zuwider genötigt werde, ihrerseits zu leisten, während ihr Gegenanspruch unbefriedigt bleibt. Als besonderer Zweck der Retention entwickelte sich dann der, „die Erzwingbarkeit eines an sich unbedingten Rechtes von der Bedingung einer vorgängigen

---

[1]) D. 14, 2, 2 pr.
[2]) Kompensation S. 365 Anm. 3.
[3]) Arndts S. 178 Anm. 2.
[4]) Dernburg, Kompensation S. 365.
[5]) Sohm S. 273.
[6]) Kompensation S. 365.

oder gleichzeitigen Gegenleistung des Klägers abhängig" zu machen,[7]) d. h. ein Sicherungszweck; die Retention wirkt nur indirekt als Zwangsmittel, während die Kompensation stets als „Äquivalent gleichzeitiger effektiver Befriedigung der Gegengläubiger" erscheint,[8]) ihr Zweck also Tilgungszweck ist.

Zulassung von Retention und Kompensation entsprachen der bona fides. Wo es sich also um bonae fidei negotia handelte, beachtete der iudex schon ex officio event. fällige Gegenansprüche ex eadem causa, deren Nichtbeachtung der bona fides widersprochen hätte. Da diese bonae fidei negotia stets contractus bilaterales waren, so ergaben sich hieraus als notwendige Voraussetzungen von Retention und Kompensation neben der Fälligkeit Gegenseitigkeit und Konnexität; beide Ansprüche mußten ex pari causa entstanden sein; waren sie gleichartig, so wurde kompensiert, andernfalls mußte man sich mit einem retinere begnügen. Der Einrückung der exceptio doli in die formula bedurfte es hier nicht.

Handelte es sich dagegen um stricti iuris negotia, also streng einseitig verpflichtende Geschäfte (contractus unilaterales), wo eine Gegenforderung ex eadem causa und damit Konnexität zweier Ansprüche begrifflich unmöglich war, so half, falls eine Gegenforderung ex dispari causa bestand, deren Nichtbeachtung Treu und Glauben widersprochen hätte, der Prätor der beklagten Partei durch Einrückung der exceptio in die formula. Die Nichtbeachtung einer solchen ex dispari causa entstandenen Gegenforderung wird aber dem noch unentwickelten, in den schroffen Normen des alten ius civile erzogenen Rechtsempfinden jener Zeit vorerst nur bei Gleichartigkeit von Forderung und Gegenforderung widersprochen haben. So fiel das Erfordernis der Konnexität, so entstand das der Gleichartigkeit für die Aufrechnung. Wurde dagegen eine ungleichartige Forderung vom Beklagten in iudicio vorgebracht, bei der also eine Kompensation ausgeschlossen war, auch die Tilgung dem Willen der Parteien oder dem Charakter der Geschäfte gar nicht entsprochen hätte, so wurde die exceptio zwecks Rückbehaltens bezw. Leistungsverweigerns in der Regel nicht gewährt. Für die Retention hielt man an der ursprünglich beiden Rechtsmitteln, der Retention und der Kompensation, gemeinsamen Voraussetzung der exceptio doli, nämlich der Konnexität, fest. Es lag ja bei der Retention auch nicht der wirtschaftliche Vorteil vor, den die Kompensation mit sich brachte und der den Prätor mit dazu bestimmt haben mag, von jenem Erfordernis der Kon-

---

[7]) Dernburg, Kompensation S. 367.
[8]) Dernburg, Kompensation S. 367.

nexität für die Kompensation abzusehen. Dort hätte die Verweigerung der exceptio zu einem zwecklosen Hin- und Herzahlen geführt, und das zu verlangen, wird stets wider die bona fides verstoßen haben. Anders bei der Retention: Hier wird es in der Regel der bona fides nicht widersprochen haben, wenn ein Teil seine Leistung forderte, ohne eine aus einem anderen selbständigen Vertrage ihm obliegende Gegenleistung zu bewirken, und es fehlte hier auch jener wirtschaftliche Vorteil der Kompensation, der eine Zulassung der Rückbehaltung bei ex dispari causa entstandenen Leistungsverpflichtungen anempfehlen könnte. Wollte der Beklagte auch seinerseits befriedigt werden, so blieb ihm der Klageweg offen, „denn nicht die Suspension der Rechtshilfe ist für die Regel das Wünschenswerte, sondern möglichst rasche positive Erledigung der beiderseitigen Ansprüche, wie sie in solchen Fällen durch Widerklage zu bewirken ist".[9]) Es könnte umgekehrt häufig Schikane dem Kläger gegenüber bedeuten, sollte ihm auf diese Weise die Einklagung jeder Forderung unmöglich gemacht werden wegen eines im Verhältnis zu der ihm gebührenden Leistung vielleicht unbedeutenden und außer jeder Beziehung zu ihr stehenden Gegenanspruchs des Beklagten. Führte die bona fides zur Zulassung der Kompensation auch bei nichtkonnexen Forderungen, besonders also bei solchen aus stricti iuris negotia, so konnte sie umgekehrt betreffs der Retention nur dazu führen, diese in solchen Fällen wenigstens in der Regel nicht zuzulassen. Als Ausnahmen seien einerseits für Zulassung der Retention trotz mangelnder Konnexität das pignus Gordianum,[10]) andererseits für Nichtzulassung derselben trotz vorhandener Konnexität das depositum[11]) genannt, Fälle, die ins Bürgerliche Gesetzbuch nicht übergegangen sind.

So vollzog sich die Trennung von Retention und Kompensation aus praktischen Gründen in Rücksicht auf Treu und Glauben, Momente, die auch heute noch eine ausschlaggebende Rolle bei Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechtes im konkreten Falle spielen. Retention und Kompensation sind, wie ich zu zeigen versuchte, aus einer Wurzel hervorgegangen, doch hatten sie von vornherein verschiedenen Zweck und verschiedene Wirkungen. In ihren Voraussetzungen stimmten sie und stimmen sie auch heute noch zum Teil überein: Beide verlangen zwei fällige gegenseitige Forderungen; das Kriterium der Kompensation aber ist Gleichartigkeit, das der Retention Konnexität.

---

[9]) Dernburg, Kompensation S. 369.
[10]) C. 8, 26, 1, 2.
[11]) C. 4, 34, 11.

Natürlich kann keineswegs in allen Fällen, wo die Quellen von der exceptio doli sprechen, an ein Retentionsrecht gedacht werden; diese exceptio doli konnte ja auch jede andere Einrede vertreten, umgekehrt aber darf man sich durch die Worte „retinere“ nicht dazu verleiten lassen, dann stets das Vorliegen einer Retentionsbefugnis im technischen Sinne für diesen Fall anzunehmen. Oft finden wir retinere in der allgemeinen Bedeutung von „nicht aus der Hand, dem Besitze lassen“,[12]) den das Wort in der gemeinsamen Bezeichnung interdicta retinendae possessionis für die interdicta utrubi und uti possidetis hat,[13]) oft dort, „wo endgültig zur Befriedigung eines Gegenanspruchs zurückbehalten wird, wie bei den retentiones ex dote,[14]) bei der Kompensation“.[15])[16]) Im technischen Sinne verstehen wir unter Retentionsrecht „die Befugnis, eine Leistung, zu welcher man an und für sich verpflichtet ist, zurückzubehalten, bis der Fordernde seinerseits einem Anspruch, welchen man gegen ihn erhebt, Genüge leistet“.[17]) Was wir aber bei allen den Fällen, die sich mit einem retinere in diesem technischen Sinne beschäftigen, vermissen, ist die einheitliche Darstellung des Instituts der Zurückbehaltung, wenn man von einem solchen im römischen Recht überhaupt reden kann. Hieraus geht zugleich hervor, daß es erfolglos sein muß, in den Quellen positive Angaben über einheitlichen Grund und Zweck, über einheitliche Voraussetzungen und Wirkungen der Retention zu suchen. Diese ist eben ein Produkt der Praxis; durch sie geschaffen und in ihr nur wirksam, hat sie sich ihre charakteristische Natur als „allgemeines Prozeßschutzmittel“ [18]) bewahrt, sie ist eine exceptio geblieben.

Als der häufigste Anwendungsfall der Retention zeigt sich in den Quellen der, daß eine herauszugebende Sache, auf die der Schuldner Verwendungen gemacht hat, zurückbehalten wird.[19]) Die Konnexität liegt hier in der gemeinsamen Beziehung beider Ansprüche auf dieselbe Sache: Der Eigentümer gründet seinen Herausgabeanspruch auf sein Eigentum an der Sache, der Besitzer seinen Anspruch darauf, daß diese Sache ihm Aufwendungen, Kosten oder anderen Schaden verursacht hat. Aber auch sonstige Fälle nennen die Quellen, so hat z. B. der unbeauftragte Geschäfts-

---

12) z. B. D. 8, 6, 10 pr.
13) Bleyler S. 12.
14) Ulp. fragm. VI, 9—17.
15) D. 16, 2, 4.
16) Pernice S. 253.
17) Windscheid Bd. 2 S. 462.
18) Pernice S. 253.
19) Inst. 2 l. 30 D. 41, 1, 7, 12; D. 6, 1, 48.

führer an den von ihm eingelösten dem Geschäftsherrn gehörigen Pfandobjekten ein Retentionsrecht, da seine Forderung auf Ersatz von Kosten ex eadem causa entsprang wie die des Geschäftsherrn auf Herausgabe, nämlich aus der negotiorum gestio,[20] die im römischen im Gegensatz zum heutigen Recht als vertragsähnlicher Tatbestand angesehen wurde. Noch manch anderen Fall finden wir in den Quellen. Alle diese in ein System zu bringen, hat erst die gemeinrechtliche Wissenschaft versucht.

§ 2.

Die Retention im gemeinen Recht.

Der gänzliche Mangel einer einheitlichen Darstellung der Retention im römischen Recht war wohl in erster Linie die Ursache davon, daß die Aufmerksamkeit der mittelalterlichen Juristen nicht sobald auf dieses Institut gelenkt wurde. Die Retention blieb vorerst unbeachtet. Man beschäftigte sich mit ihr nicht mehr, als es die Bearbeitung der römischen Quellen verlangte, die in jener Zeit stets deren Systematik folgte.

So wurde das römische Recht im Ausgange des Mittelalters in Deutschland rezipiert, und nachdem daraufhin noch ein weiteres Jahrhundert vergangen war, erst dann finden wir die ersten Arbeiten, die sich speziell mit der Retention befaßten; so am Anfang des 17. Jahrhunderts die von Molignatus (1604) und Althusius (1611), welche es sich im wesentlichen zur Aufgabe machten, die von einem retinere handelnden Quellenstellen ohne System und Kritik aneinander zu reihen.[1]) Doch der Anfang war gemacht: die Aufmerksamkeit der Rechtsgelehrten auf die Materie gelenkt. Nicht mehr lange dauerte es, und eine reichere Literatur entwickelte sich auf dem Gebiete der Retention. Auf diese Literatur ist hier im Verfolg unserer Aufgabe nur insoweit einzugehen, als es die Entwicklung des gemeinrechtlichen Konnexitätsbegriffes erfordert.

Das Buch, „das zum ersten Male das Erfordernis der Konnexität mit Nachdruck und Schärfe betont hat“, ist das von G. L. Boehmer, „de iure retentionis eiusque effectu“ [2]) (Göttingen 1774). Schenck, der seine „Lehre vom Retentionsrecht“,[3]) auf die weiter unten erst eingegangen werden kann, mit einer kurzen Übersicht und Kritik der seinem Werke vorangegangenen Literatur

[20]) D. 20, 6, 1 pr.; Glück Bd. 15 S. 127.
[1]) So Schlegelberger S. 4.
[2]) Nach Schlegelberger S. 5.
[3]) Schenck S. 16.

über die Retention einleitet, sagt von jener dissertatio Boehmers: „Diese Abhandlung ist wohl entschieden die gewichtigste unter den ältesten Schriften über das Retentionsrecht ... Ihre glänzendsten Partieen sind die Beurteilung und Entscheidung der Frage über das Requisit der Konnexität der Forderung mit der Sache ...“ [4]) Boehmer, welcher wie die weitaus meisten gemeinrechtlichen Juristen, die sich mit der Retention befaßten, zwar in allen von einem retinere handelnden Quellenstellen einen gewissen Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche, aber keinen einheitlichen Grundgedanken erkannte, hat versucht, diese Stellen in gewissen Kategorien der Konnexität zusammenzufassen. Ob diese Art der wissenschaftlichen Bearbeitung für das Verständnis und besonders für die praktische Verwertung günstig gewesen ist, mag dahingestellt bleiben. Gegen diese Klassifizierung sprechen zweifellos zwei Umstände: 1. der, daß jeder spätere Schriftsteller, der sich mit der Materie befaßte, und der nicht etwa, wie z. B. Faselius [5]) und Schweppe, [6]) [7]) das Erfordernis der Konnexität ganz leugnete, die vor ihm aufgestellten Kategorien durch neue zu ersetzen oder wenigstens zu ergänzen suchte, und 2. der, daß sich stets in den Quellen noch Fälle fanden, die überhaupt nicht oder jedenfalls nur sehr gewaltsam unter eine der aufgestellten Kategorien gebracht werden konnten.

Betrachten wir die von Boehmer aufgestellten Konnexitätskategorien als die ersten ihrer Art etwas genauer. Boehmer führt aus [8]): „Ob debita, quorum nullus est cum re retinenda nexus, neque iure civili neque iure praetorio datum est ius retentionis“. „Potest vero nexus debiti cum re retinenda descendere ex pluribus causis“; „oritur

1. ex versione debiti in rem alienam de qua retinenda agitur; est porro

2. debitum cum re retinenda connexum, quod oritur ex eadem causa obligandi, ex qua est aliena alteri restituenda; est tandem

3. debitum cum re retinenda connexum, si id ex eadem re solvendum est“.

Vergleichen wir diese drei Kategorien mit dem § 273 BGB., so fallen uns gewisse analoge Erscheinungen auf. Die Kategorie 1 repräsentiert den ersten Satzteil von § 273, 2, nach welchem der

---

[4]) Schenck S. 20.

[5]) Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Retentionsrecht, Halle 1790—1793.

[6]) Das römische PrivR. 4. Ausg. Göttingen 1828.

[7]) Nach Schenck S. 21/22.

[8]) a. a. O. §§ 9—12; nach Schlegelberger S. 5.

zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichtete zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes befugt ist, wenn „ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand . . . zusteht“. Die Kategorie 2 bildet dann ein Analogon zu Abs. 1 des zitierten Paragraphen. Nach ihr muß die Schuld, deretwegen eine fremde Sache retiniert wird, „ex eadem causa obligandi“ entstanden sein; heute müssen die beiderseitigen Ansprüche „aus demselben rechtlichen Verhältnis“ hervorgehen. Daraus ersehen wir, wie im gemeinen Recht das Anwendungsgebiet der Retention viel enger begrenzt war als im heutigen Recht. Doch werden wir auch andere Ansichten hierüber finden. Man verlangte Retention einer fremden Sache, während man heute allgemein Leistungsverweigerung und auch die Zurückbehaltung eigener Sachen, welche zu leisten man verpflichtet ist, anerkennt.[9]) Andererseits möchte die Bezeichnung „eadem causa obligandi“ bei Boehmer mit „demselben rechtlichen Verhältnis“ des § 273, 1 BGB. nicht zu identifizieren sein. Glück[10]) übersetzt sie mit „Geschäft“. Zweifellos aber ist jenes Wort ein Vorläufer der den Mittelpunkt dieser Abhandlung bildenden Worte des § 273, 1 BGB. Was die dritte Boehmersche Kategorie anlangt, so fallen hierunter einmal die heute zu Satzteil 2 von § 273, 2 BGB. gehörigen Fälle, in denen dem zur Herausgabe des retinierten Gegenstandes Verpflichteten „ein fälliger Anspruch wegen ... eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht“, ferner aber auch[11]) das Retentionsrecht des Vermieters an den Illaten des Mieters. Heute fassen wir dieses Recht des Vermieters lediglich als einen begrifflich notwendigen Ausfluß des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters auf (§ 559 BGB.).[12])

Die Theorie Boehmers ist von Glück[13]) Anfang des 19. Jahrhunderts mit einigen Erweiterungen aufgenommen worden. Er fügte jenen drei Kategorien noch zwei hinzu, nämlich eine vierte, „wenn man durch eine fremde Sache einen vom Eigentümer zu ersetzenden Schaden erlitten hat“,[14]) welcher Fall nur eine Abzweigung der dritten Kategorie von Boehmer bedeutete und, wie schon gesagt, sich in § 273, 2 Satzteil 2 wiederfindet; und eine fünfte, „wenn man eine Sache für eine Gegenleistung herausgeben

---

[9]) So z. B. Staudinger Bd. 2a S. 73.

[10]) Bd. 15 S. 126.

[11]) Nach Glück S. 128.

[12]) Hierüber Bunsen, Das gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Verpächters und Vermieters nach Reichs- und mecklenburgischem Landesrecht. Rostock 1884.

[13]) Pand. Bd. 15.

[14]) S. 129.

soll",[15]) unter die Glück die Retention der Kaufsache mangels Kaufpreiszahlung rechnet. Mit Bildung dieser fünften Kategorie zählte Glück im Gegensatz zu Boehmer die Fälle der gegenseitigen (synallagmatischen) Verträge mit zu den zur Retention berechtigenden. Hiermit wurde also schon der Grund gelegt zu der auch heute noch keineswegs entschiedenen Streitfrage: Ist die „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" ein Fall des Zurückbehaltungsrechtes im § 273 oder ein selbständiges, aus dem Wesen der gegenseitigen Verträge allein hervorgegangenes Institut?[16])

Einen erheblichen Fortschritt für die wissenschaftliche Behandlung des Retentionsrechtes bedeutet die 1837 erschienene „Lehre vom Retentionsrecht" von Schenck, der unter Zurückweisung der Ansichten von Schweppe und Faselius,[17]) welch letzterer „auf den Grund gesetzlicher Bestimmungen das ius retentionis schon allgemein dann zulässig findet, wenn nur bei dem fehlerfreien Besitz der Sache eine gültige, gegen Gefahr zu schützende Forderung existiere",[18]) energisch auf das Erfordernis eines Zusammenhanges der beiderseitigen Forderungen, „eines Verwandtschafts- oder Beziehungsverhältnisses der Forderung zur res retinenda" hinweist.[19]) Hier tritt uns die erste einheitliche Formulierung des Konnexitätsbegriffes entgegen, doch ohne daß dies schon von praktischer Bedeutung gewesen wäre, da Schenck selbst wieder zur Aufstellung von Kategorien seine Zuflucht nimmt. Im Gegensatz zu drei Kategorien „ursprünglicher Konnexität" bildet er aus den Fällen, wo die Sache „durch Gesetz oder voluntas des Beteiligten in ein zugunsten der Forderung wirken sollendes Verhältnis gebracht" wird, eine von ihm sogen. „positive Konnexität",[20]) zu welch neuem Begriffe Cramer[21]) mit Recht bemerkt: „Hier scheint freilich nähergelegen zu haben, in den betreffenden Fällen ein „positives Retentionsrecht" zu statuieren, statt die Bedingung desselben (die Konnexität), wo sie nicht wirklich vorhanden, dennoch als positiv gegeben anzunehmen".

Schenck[22]) geht davon aus, daß unter „demselben Rechtsverhältnisse" seiner zweiten Kategorie „nach Andeutung des lateinischen Ausdruckes eadem causa obligandi" nicht etwa „idem fundamentum agendi" zu verstehen sei. Zu dieser zweiten Kate-

---

[15]) S. 130.
[16]) vgl. oben S. 1.
[17]) vgl. unten S. 13.
[18]) Schenck S. 133.
[19]) Schenck S. 133.
[20]) Schenck S. 178.
[21]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 37 S. 424.
[22]) S. 215 f.

gorie zählt er neben den Fällen, wo Anspruch und Gegenanspruch aus einem und demselben Vertrage entstanden sind, und wo der Anspruch auf Ersatz des durch die retinierte Sache erlittenen Schadens gerichtet ist, auch einen Fall, der eine freiere Auffassung „desselben Rechtsverhältnisses“ erfordert.[23] [24] Wir sehen hier bei Schenck schon eine freiere Auffassung des als Voraussetzung für die Zurückbehaltung erforderten Zusammenhanges der beiderseitigen Ansprüche und darin ein Streben, das Retentionsrecht einem größeren Kreise von Fällen zugänglich zu machen.

Während der von Schenck gebildete Begriff der „positiven Konnexität“ bald wieder fallen gelassen wurde, behielt man seine drei ersten Kategorien vorerst im wesentlichen bei; so Sintenis[25] und Holzschuher.[26] Auch Lenz[27] weicht hiervon nur durch eine Teilung der zweiten Kategorie in zwei Einzelkategorien ab, worauf des näheren hier nicht eingegangen werden soll.

Als erster hat Cramer in seinen „Bemerkungen über das sogen. Retentionsrecht“ von einer Aufstellung einzelner Konnexitätskategorien abgesehen und einen einheitlichen Konnexitätsbegriff gebildet.[28] Er verlangt als Erfordernis der Konnexität eine Verbindung von Anspruch und Gegenanspruch derart, daß beide Ansprüche sich auf dasselbe Rechtsverhältnis beziehen oder stützen.[29] Auch er weist die Ansicht von Schweppe[30] und Luden,[31] die das Requisit der Konnexität überhaupt leugneten, mit den Worten zurück: „Den Zusammenhang (das Erfordernis des Zusammenhanges)[32] überhaupt leugnen wollen, heißt . . . den eigentlichen Grund und die ganze juridische Bedeutung der retentio verkennen“.[33] Darüber, was er unter „Rechtsverhältnis“ versteht, äußert sich Cramer leider nicht. Zweifellos faßt er den Begriff weiter als Schenck, der auch von „demselben Rechtsverhältnis“ in seiner zweiten Kategorie spricht, es also nur für diese eine Art von Konnexitätsfällen als Voraussetzung fordert, während Cramer die Beziehung auf „dasselbe Rechtsverhältnis“ einheitlich als

---

[23]) D. 46, 3, 94 pr.

[24]) Schenck S. 219.

[25]) Das praktische gemeine Zivilrecht Bd. 2, Leipzig 1847, S. 172.

[26]) Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechtes Bd. 1 3. Aufl., Leipzig 1863, S. 121 f.

[27]) In Weiskes Rechtslexikon Bd. 9, Leipzig 1855, S. 377 f.

[28]) Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 37, Heidelberg 1854, S. 305 f. u. 415 f.

[29]) S. 320.

[30]) vgl. unten S. 13.

[31]) Das Retentionsrecht, Leipzig 1839.

[32]) Nach Schlegelberger S. 9.

[33]) S. 423.

Kriterium der Konnexität als solcher hinstellt,[34] [35]) also eine äußerst weite Bedeutung des Wortes Rechtsverhältnis, die mit der Terminologie unseres § 273 BGB. inhaltlich zweifellos manches gemein hat. Cramer, als den Juristen, der zum erstenmal einen einheitlichen Konnexitätsbegriff aufgestellt, haben wir insofern als Begründer unseres modernen einheitlichen Zurückbehaltungsrechtes des § 273 anzusehen.

Wie ich schon erwähnte, zogen aus den Wirren, zu denen das Aufstellen der verschiedenen Konnexitätskategorien führte, einige Juristen den Schluß: Man müßte von solchen Kategorien —, andere . . . man müßte von dem Erfordernis der Konnexität überhaupt absehen. Die ersten, welche diese Ansicht vertraten, waren Ludovici[36]) und die schon erwähnten Schweppe und Faselius.[37]) [38]) Ihre Theorie wurde, bald nachdem Cramers „Bemerkungen" erschienen, von neuem wieder durch Groskopff[39]) aufgenommen, dessen Prinzipien dahin gehen, „daß ein Retentionsrecht nur da anzuerkennen ist, wo der Besitzer die Restitution der Sache so lange verweigern darf, bis ihm das seinige, welches in derselben steckt und er faktisch noch mit der Sache in Händen hat, vom andern gegen deren Herausgabe herausgekehrt wird",[40]) oder wie Windscheid in seiner Kritik über Groskopffs Werk[41]) dies kürzer ausdrückt: „Das Retentionsrecht ist das Recht, eine Sache deswegen innezubehalten, weil in derselben ein Stück unseres Vermögens steckt". Hinsichtlich der Konnexität kommt Groskopff zu dem Schlusse, „daß das Retentionsrecht insbesondere keine Forderung voraussetzt" . . . „daß es also noch weniger auf Konnexität der Forderung mit der retinierten Sache ankommt".[42]) „Der Begriff derselben (der Konnexität) ist überdies ein so vager und verschwommener, daß es in der Tat unmöglich ist, ihn in seiner Totalität zu erfassen".[43]) Aus den zitierten Leitsätzen geht hervor, daß Groskopff im Gegensatz zu Schenck und Cramer, die den Kreis der Retentionsmöglichkeiten durch ihre weite Fassung des Begriffes Rechtsverhältnis

---

[34]) S. 320.

[35]) vgl. S. 12 oben.

[36]) dissertatio de iure retentionis ex diversa etiam causa competente, Halle 1748.

[37]) vgl. oben S. 9 u. 11.

[38]) Nach Schenck S. 134.

[39]) Zur Lehre vom Retentionsrecht, Oldenburg 1858.

[40]) S. 98.

[41]) In der Krit. VSchr. f. Gesetzgebung u. Rechtswissensch. Bd. 1, München 1859, S. 128.

[42]) S. 98.

[43]) S. 34/35.

zu vergrößern suchten, vielmehr seinerseits bemüht war, diesen Kreis, dessen Grenzen damals der Gefahr ausgesetzt schienen, durch falsche Deutung und übermäßige analoge Anwendungen zum Nachteil des jeweiligen Retentionsgegners verwischt zu werden, wieder scharf zu begrenzen und damit das Anwendungsgebiet der Retention erheblich zu beschränken. Daß Groskopff dabei fehlgegangen, ist heute wohl nicht mehr zweifelhaft.

Der Mann, dessen Lehre noch heute für das Bürgerliche Gesetzbuch eine Rolle spielt und für die sich unter der Geltung des neuen Rechtes auch neubildende Wissenschaft von großem Einfluß gewesen ist, war Goldschmidt.[44]) Er verlangt als Kriterium der Retention, daß Anspruch und Gegenanspruch „einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören, die nach der Natur der Sache oder nach dem Willen der Beteiligten eine (natürliche — gewollte) Einheit bilden". Mit Cramer hat Goldschmidt also das Verwerfen der Konnexitätskategorien wenigstens insofern gemein, als er einen einheitlichen Begriff der Konnexität an die Spitze stellt, wenn er zur Erläuterung der „natürlichen Einheit" auch freilich wieder jene drei Fälle nennt, die schon im wesentlichen Schenck als die Fälle „ursprünglicher Konnexität" bezeichnet hatte. Die Aufstellung jenes einheitlichen Oberbegriffes hat bewirkt, daß das Retentionsrecht in Zukunft „somit weder als ein Ausnahmerecht auf die in den Gesetzen ausdrücklich erwähnten Fälle zu beschränken, noch schlechthin überall da zu statuieren ist, wo Anspruch und Gegenanspruch gegenüberstehen". Die „natürliche Einheit" sieht Goldschmidt dann gegeben, wenn wegen Ansprüchen auf Ersatz von Verwendungen oder Schäden retiniert wurde, oder wenn Anspruch und Gegenanspruch aus „demselben obligatorischen Verhältnis" entsprungen waren: dieselben drei Klassen, die wir mit unwesentlicher Änderung auch bei v. Wächter[45]) wiederfinden. Die „gewollte Einheit" Goldschmidts läßt sich nur durch Würdigung der jedesmaligen Fälle ermitteln. Nicht überall ist der Erweis des Parteiwillens erforderlich, vielmehr genügt es, falls dieser Wille um deswillen vorausgesetzt werden muß, weil sein Gegenteil gegen Treu und Glauben verstoßen würde. So erklärt sich trotz Mangels einer natürlichen Verbindlichkeit zwischen Anspruch und Gegenanspruch . . . besonders das Retentionsrecht des Pfandgläubigers an dem Pfandobjekt wegen seiner anderweitigen, nicht direkt durch das Pfand gesicherten Forderungen gegen den Verpfänder", also jener Fall des pignus

---

[44]) Handb. d. HR. Bd. 1, 2 § 94 S. 968 f.
[45]) Pand. Bd. 2, Leipzig 1881, S. 336 f.

Gordianum,[46]) der der wissenschaftlichen Behandlung des Retentionsrechtes bisher so manche Schwierigkeiten gemacht hatte.

Das Hauptverdienst Goldschmidts, der mit seiner „natürlichen Einheit“ nur schon lange vor ihm vertretene Ansichten wieder aufgenommen hat, ist darin zu erblicken, daß er in seiner „gewollten Einheit“ auf das Element hingewiesen hat, das der eigentliche Ausgangspunkt der Retention im römischen Recht gewesen, die bona fides, die im Laufe der weiteren Entwicklung vielfach vollkommen vergessen worden war, weil man sich nur streng an die überlieferten Kategorien hielt. Erst Goldschmidt war es, der auf dieses für die Entscheidung über die Zulässigkeit der Zurückbehaltung so wichtige Kriterium wieder entschieden hingewiesen hat. Dieser Umstand hat mehr als die Aufstellung des einheitlichen Begriffes der Konnexität dazu beigetragen, seine Theorien berühmt und zum Vorbilde der modernen Rechtsprechung zu machen.

Was die „gewollte Einheit“ anlangt, war mit Goldschmidts Lehre die Entscheidung, wann Zurückbehaltung im Einzelfall zulässig wäre, in das Ermessen des Richters gestellt: Dieser hatte nach der aequitas, unter Berücksichtigung eventueller Parteivereinbarungen zu entscheiden. „Darin liegt gerade der Charakter des Zurückbehaltungsrechtes, daß es sich bei demselben um Verwirklichung eines Rechtes der aequitas handelt.“[47]) Und das ist auch keineswegs ein Nachteil, als was es Windscheid hinstellt, wenn er sagt: „Also soll bona fides unbedingte Entscheidungsquelle für das richterliche Urteil sein? Heißt das nicht, der Richter habe schlechthin nach der Billigkeit zu entscheiden?“[48]) Gewiß, die Billigkeit mit Rücksicht auf den Parteiwillen und die „Verkehrssitte“, das uns heute im Bürgerlichen Gesetzbuch so häufig entgegentretende Moment, sollen hier bei einem aus der aequitas hervorgegangenen Institut entscheidend sein. Windscheid teilt jene oben zitierte[49]) Überzeugung Groskopffs von der Unmöglichkeit, die Konnexität einheitlich zu formulieren, indem er[50]) meint: „Der Begriff der Konnexität ist zu unbestimmt, um als Grundlage einer Rechtsregel dienen zu können“.

Mit dieser Ansicht, die besonders von Langfeld[51]) im neuesten gemeinen Recht vertreten wurde, kommt man schließlich zu dem Resultat, daß „für die Beantwortung der Frage, ob in

---

[46]) C. 8, 26 (27), 1, 2.
[47]) Bähr, Krit. VSchr. Bd. 28 S. 414.
[48]) Pand. Bd. 2 S. 463/64 Anm. 9.
[49]) vgl. oben S. 13.
[50]) S. 463 Anm. 9.
[51]) Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht, Rostock 1886.

einem konkreten Fall eine Retentionsbefugnis anzuerkennen sei, lediglich zu prüfen sein wird, ob der Tatbestand des konkreten Falles ein Moment enthält, welches demjenigen entspricht, auf das die Retentionsbefugnis in einem der gesetzlich anerkannten Fälle zurückzuführen ist".[52]) Langfeld kommt schließlich nach langen Untersuchungen zu dem wenig befriedigenden Resultat: „Ein einheitliches, alle einzelnen Anwendungsfälle des Retentionsrechtes erklärendes Prinzip läßt sich überhaupt nicht aufstellen". Aus den Ausführungen Langfelds, insbesondere der Zusammenstellung von Fällen, in denen nach seiner Ansicht die Retention anzuerkennen wäre,[53]) zieht Bähr den Schluß, den jener sichtlich nicht zu ziehen wagte, daß nämlich diese Fälle doch einen „gewissen gemeinsamen Charakter" haben, erstens die aequitas, zweitens einen „gewissen sachlichen Zusammenhang" zwischen Anspruch und Gegenanspruch, sei es „Identität der Sache", auf die sich beide Ansprüche beziehen, sei es „Identität des Rechtsgeschäftes, aus welchem beide hervorgegangen".[54])

Langfeld folgend, wandte sich am schroffsten gegen die Goldschmidtsche Theorie, die zu jener Zeit schon, wie wir bald sehen werden, in der Praxis die durchaus herrschende geworden war, E. J. Bekker in seinem Aufsatz „Zur Reform des Besitzrechtes".[55]) Das Festhalten an dem Erfordernis der Konnexität sei „in Wirklichkeit nichts anderes als ein Stück konserviertes Naturrecht" ... „wäre diese — die Lehre Goldschmidts — richtig, so sollte der Gesetzgeber die vom Wollen der Beteiligten unabhängige Retention überall da verordnen, wo die gedachte natürliche Einheit vorhanden, und durfte sie da nicht verordnen, wo dieselbe nicht vorhanden. Das ist historisch falsch und praktisch verwerflich ..." Doch auch diese Polemik vermochte nicht die in der Praxis längst zur ausschließlichen Geltung gelangte Lehre Goldschmidts aus dem Felde zu schlagen: das Requisit der Konnexität war „communis opinio der Rechtsgelehrten"[56]) und ist auch in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen.

So sehen wir, daß bis zum Ausgange der gemeinrechtlichen Entwicklung Einstimmigkeit hinsichtlich des Konnexitätsbegriffes ebensowenig wie hinsichtlich anderer das Retentionsrecht betreffender Fragen erzielt werden konnte. Auf Grund dieser Beobachtungen könnte man zu der Ansicht kommen, daß bis zum Inkrafttreten

---

[52]) S. 108.
[53]) S. 109.
[54]) a. a. O. Bd. 28 S. 411.
[55]) In den Jahrb. f. d. Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen PrivR. Bd. 30, Jena 1891, S. 271.
[56]) Striethorst Bd. 43 S. 365.

des Bürgerlichen Gesetzbuches die größte Rechtsunsicherheit wie in der Theorie so auch in der Praxis geherrscht haben müßte. Daß dem zum Glück nicht so war, haben wir einmal mehreren Partikulargesetzen jener Zeit zu danken, auf die auch noch mit einigen Worten eingegangen werden soll; ferner aber — und das kann nicht genug betont werden — der einheitlichen Judikatur des Reichsgerichtes, dessen energischem Festhalten an dem Erfordernis der Konnexität die praktische Bedeutungslosigkeit der früheren, auch damals noch nicht völlig beigelegten Streitfragen, ferner die Aufnahme des Zurückbehaltungsrechtes als eines selbständigen Rechtsinstitutes in das Bürgerliche Gesetzbuch und die von vornherein unter dessen Geltung einheitliche Rechtsprechung zuzuschreiben ist.

Die Entscheidung des höchsten Gerichtshofes, die auch für unser heutiges Recht noch von grundlegender Bedeutung ist und in der Praxis wiederholt als Beleg für Entscheidungen herangezogen wurde, finden wir im Bd. 14 der Entsch. d. RG. in Zivils.: ein Urteil des III. Zivilsenates v. 26. 10. 1885. Tatbestand und Gründe desselben seien hier wiedergegeben, da gerade diese Entscheidung von so außerordentlicher Wichtigkeit für den Abschluß der gemeinrechtlichen Entwicklung gewesen ist.

Die beklagte Sächsisch-Thüringische Eisenbahn hatte den Bau einer bestimmten Strecke der Firma P übertragen, die ihrerseits wieder dem Kläger V Teile desselben in Generalentreprise gab, zu welchem Zweck sie mit V drei Verträge schloß: Einen im Oktober 1872 betr. die Tunnelbauten, einen zweiten im Februar 1873 betr. die Ausführung der Eisenbahnlinie selbst, und einen dritten im Oktober 1873 betr. sämtliche Maurerarbeiten. Durch den zweiten Vertrag verpflichtete sie sich ferner, die für die Arbeitsgleise nötigen Oberbaumaterialien V zu überlassen, was auch geschah. Nun fiel P in Konkurs, und die Beklagte übernahm selbst die Herstellung der Bahnlinie, indem sie in jene drei Verträge an Stelle von P eintrat. V trat durch einen Vertrag vom Mai 1875 die ihm von P durch den Vertrag vom Februar 1873 überlassenen Materialien an die Beklagte ab, um den Bau nicht zu verzögern, und ließ sich für Aufgabe des wegen seiner Ansprüche gegen P von ihm an jenen Materialien beanspruchten Retentionsrechts eine Entschädigung von der Beklagten zusichern. Diese Entschädigung macht V nun gegen die beklagte Eisenbahn geltend, und zwar verlangt er Entschädigung für seine Forderungen gegen P aus allen drei Verträgen, soweit er aus der Konkursmasse nicht befriedigt worden, während die Beklagte Konnexität zwischen den Forderungen aus dem ersten und dritten Vertrage einerseits und dem Anspruche auf Rückgabe der Materialien andererseits leugnet.

Während die Berufung zugunsten der Beklagten erkannt hatte, trat das Reichsgericht auf die Seite des Klägers und räumte ihm ein Zurückbehaltungsrecht an jenen Oberbaumaterialien bezw., entsprechend der Lage des Falles, einen Anspruch auf Entschädigung gegen die beklagte Eisenbahn nicht bloß wegen seiner Forderungen aus dem zweiten Vertrage vom Februar 1873, sondern auch wegen der aus dem ersten und dritten Vertrage ein.

In den Gründen zu dieser Entscheidung führt das Reichsgericht aus,[57] daß bei Beantwortung der Frage, ob im Einzelfalle Konnexität anzunehmen, also die Retentionsbefugnis zu gewähren sei, nicht auf „die kontraktliche gegenseitige Bedingtheit der Leistung und Gegenleistung" — eine solche bestand ja tatsächlich auch nur zwischen der Entschädigungsforderung aus dem zweiten Vertrag und dem Herausgabeanspruch —, sondern auf „die natürliche gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" zu achten sei, „welche nicht minder wie die rechtliche gegenseitige Bedingtheit es als gegen Treu und Glauben (die bona fides) verstoßend erscheinen läßt, wenn der eine Interessent von dem andern die Leistung verlangt, die von ihm geschuldete Leistung aber seinerseits nicht gewähren will". Durch die drei formell freilich voneinander getrennten und unabhängigen Verträge sollten doch nur verschiedene Partien ein und desselben Verhältnisses zur Erreichung eines einzigen Hauptzweckes, der Herstellung des Eisenbahnkörpers einer ganz bestimmten Strecke, geordnet werden. „Die Einheitlichkeit dieses Zweckes und der natürliche Zusammenhang der nur formell geschiedenen Verträge läßt es aber als gegen die durch die beiderseitige Stellung gebotene bona fides verstoßend erscheinen, wenn P die dem Kläger zur Herstellung der Arbeitsbahnen geliehenen Materialien zurückfordert, den für die Tunnel- und Maurerarbeiten von ersterem verdienten Lohn aber vorenthalten wollte. Beide Teile mußten, wenn sie die in ihrem Vertragsverhältnisse überhaupt gebotene bona fides wahren wollten, die beiderseitigen Leistungen als zusammengehörig und sich entsprechend betrachten, und die bona fides mußte sie verhindern, das Verhältnis der Gegenseitigkeit außer Augen zu setzen. Gegen die Nichtberücksichtigung derselben bei Verfolgung solcher auch nur tatsächlich zusammengehöriger und sich entsprechender (in diesem Sinn konnexer) Leistungen soll aber eben das mittels der exceptio doli geltend zu machende Retentionsrecht den anderen Interessenten schützen."

Wörtlich nimmt auf diese Entscheidung eine solche des I. Zivil-

[57] Bd. 14 S. 234 f.

senats v. 12. 10 1887 Bezug.[58]) In einer weiteren Entscheidung[59]) sah das Reichsgericht Konnexität als vorliegend an in dem Falle, wo ein gutgläubiger Besitzer einer Lebensversicherungspolice durch Zahlung der jährlich fällig werdenden Prämien den Verlust des Versicherungsanspruchs, dessen Geltendmachung an Besitz und Herausgabe der Police geknüpft war, im Interesse der Empfangsbedürftigen abwendete; „denn beide Ansprüche" — der eine auf Herausgabe der Police, der andre auf Ersatz der Auslagen — „stehen unter solchen Umständen in einer natürlichen Verbindung miteinander, indem das Forderungsrecht aus der Versicherungspolice nur infolge der Aufwendungen des Beklagten fortdauerte. Deshalb hat der letztere die Einrede der Arglist, wenn die Eigentümer nunmehr deren Herausgabe verlangen, ohne die zur Aufrechterhaltung des Versicherungsanspruchs gemachten Prämienvorlagen zu erstatten".

Was in diesen Entscheidungen den „gesetzlichen oder natürlichen Zusammenhang" der Ansprüche herstellt, was „die Ignorierung" des Gegenanspruchs gegen Treu und Glauben verstoßen läßt,[60]) das ist das wirtschaftliche Moment. „Die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit der Gegenansprüche"[61]) war es, die den modernrechtlichen Konnexitätsbegriff, so wie ihn das Reichsgericht im Anschluß an die Lehre Goldschmidts Ende des 19. Jahrhunderts herausgebildet hatte, charakterisierte, wie ihn wohl mancher Jurist in früherer Zeit geahnt hatte, ohne ihm, befangen in dem starren Festhalten an den überlieferten Quellen, den rechten Ausdruck zu geben.

§ 3.

Das Zurückbehaltungsrecht in den Partikulargesetzen des 18. und 19. Jahrhunderts.

Bevor zur Besprechung des Konnexitätsbegriffes im Bürgerlichen Gesetzbuche und damit zum zweiten Abschnitt, dem Mittelpunkt unserer Darstellung, übergegangen wird, muß mit einigen Worten noch der Partikulargesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts gedacht werden, da sie einen wesentlichen Abschnitt bezw. den Abschluß der deutschgemeinrechtlichen Entwicklung und einen Übergang zum modernen Recht bildet, soweit nicht das rezipierte

---

[58]) In Seufferts Arch. Bd. 43 Nr. 90.
[59]) Entsch. d. RG. Bd. 22 S. 217 f.
[60]) Mot. Bd. 2 S. 41.
[61]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 322.

römische Recht als „gemeines Recht“ unverändert bis zum 1. 1. 1900 in Geltung blieb.

Das erste und bedeutendste dieser Gesetze war das „allgem. Landrecht für die preußischen Staaten“ v. 5. 2. 1794, das in Teil I, 20 §§ 536 f. das Zurückbehaltungsrecht als selbständiges Institut regelte. Auf das Zurückbehaltungsrecht des allgem. Landrechts als solches ist hier nicht einzugehen, auch hier haben wir uns auf die Konnexität zu beschränken. Auffallend ist, daß das allgem. Landrecht von einer Aufstellung von Konnexitätskategorien gänzlich absieht. „Das mag um so mehr anerkannt werden, als es sonst oft der Neigung zu kasuistischer Vollständigkeit verfallen ist“[1]) und das erste gemeinrechtliche Werk, das von einem einheitlichen Konnexitätsbegriff ausging, Cramers „Bemerkungen“,[2]) erst 60 Jahre später erschien.

Die preußische Praxis sah Konnexität z. B. als vorhanden an in dem Falle, wo der frühere Eigentümer eines Grundstückes dasselbe in einem Akte verkauft und vom Käufer wieder gepachtet hatte und wegen des rückständigen Kaufgeldes die Rückgabe des gepachteten Grundstückes verweigerte. Ihm wurde eine Zurückbehaltungsbefugnis vom preußischen Obertribunal zugesprochen.[3]) Dieser Fall hat große Ähnlichkeit mit jener oben besprochenen Entscheidung des Reichsgerichts.[4]) Gerade für diesen Fall hat nun das Bürgerliche Gesetzbuch im § 556, 2 eine positive Ausnahme geschaffen: „Dem Mieter (und in Verb. mit § 581, 2 auch dem Pächter) eines Grundstückes steht wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter (oder Verpächter) ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu“, so daß heute dieser Fall zuungunsten des Verkäufers entschieden werden müßte.[5]) Was den juristischen Charakter des Zurückbehaltungsrechtes im allgem. Landrecht anlangt, so wird es von der herrschenden Meinung (Förster-Eccius Bd. 1 S. 758; Schlegelberger S. 69; anders Fischer, Lehrb. des preuß. PrivR. S. 266) als ein persönliches Recht angesehen.

Die bedeutendsten Partikulargesetze des 19. Jahrhunderts sind der code civil v. 20. 3. 1804, der im größten Teil der Rheinlande teils im Original, teils in seiner wörtlichen Übersetzung als „das badische Landrecht“ von 1809 bis 1. 1. 1900 Gesetzeskraft hatte, und das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. 1. 1863“. Der code civil kennt entsprechend den römischen Quellen, obwohl er zum großen Teil deutschrechtlichen Ursprungs

---

[1]) Förster-Eccius Bd. 1 S. 753.
[2]) vgl. oben S. 12.
[3]) Striethorst, Arch. f. Rechtsfälle Bd. 9 S. 281.
[4]) vgl. oben S. 17 f.
[5]) Rehbein S. 92/93.

ist, nur einzelne Fälle einer Retention an,[6]) aus denen sich freilich nach Zachariae-Crome[7]) der einheitliche Grundsatz entnehmen läßt, „daß Konnexität der beiderseitigen Ansprüche vorliegen muß, und daß das Retentionsrecht auf dieser Grundlage mit der Geltendmachung einer exceptio doli übereinkommt". Das eben zitierte Werk[8]) definiert den Konnexitätsbegriff wie das Reichsgericht (im Bd. 14)[9]) und Dernburg.[10])

Im Gegensatz hierzu bildet das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch das Zurückbehaltungsrecht einheitlich ähnlich dem allgem. Landrecht, und zwar in Teil III, 2, 10 §§ 767 f. In der im § 767 gewählten Formulierung des Konnexitätsbegriffes sehen wir eine gewisse Ähnlichkeit mit der unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs. Enger begrenzt ist der des sächsischen Gesetzes noch durch das Erfordernis des Zurückbehaltens einer „Sache", so daß also auch hier noch eine Leistungsverweigerung als ein „Zurückbehalten" nicht anerkannt wird. Doch „ein und dasselbe rechtliche Verhältnis" als Ursprung der beiderseitigen Ansprüche wird nicht gefordert, es genügt ein „tatsächliches faktisches Verhältnis". Dies möchte uns zu der Auffassung verleiten, daß darin das Bürgerliche Gesetzbuch wieder eine Einschränkung vorgenommen hat. Daß dies aber nur scheinbar der Fall ist, da die moderne Judikatur streng an der des spätgemeinen Rechts festhält und so in erster Linie das faktische Moment betont und des rechtlichen überhaupt nicht erwähnt, ohne daß dieses freilich völlig außer acht gelassen wäre, dies darzutun, soll den Inhalt der weiteren Ausführungen bilden.

§ 4.

Das Zurückbehaltungsrecht des Handelsrechtes.

In diesem Zusammenhange sei auch kurz des handelsrechtlichen Zurückbehaltungsrechtes gedacht, welches durch das a. HGB. von 1861 Art. 313 geschaffen, ohne wesentliche Änderung in das HGB. v. 10. 5. 1897 §§ 369 f. übernommen worden ist. Der wichtigste Unterschied dieses „kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes" gegenüber dem bürgerlichen ist, abgesehen von dem Rechte auf Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande (§ 371, 1 HGB.), der Mangel des Konnexitätserfordernisses bei ersterem. Wenigstens eine Konnexität im Sinne des Bürgerlichen Gesetz-

[6]) So in Art. 867, 1673, 1749, 1948, 2280.
[7]) Handb. des franz. Zivilrechts Bd. 2 S. 215.
[8]) S. 215 Anm. 8.
[9]) vgl. oben S. 17 f.
[10]) Pand. Bd. 1 S. 322.

buches, welche ja den Mittelpunkt unserer Aufgabe bildet, wird dort nicht verlangt; wenn auch § 369 HGB. einen gewissen Zusammenhang zwischen den beiderseitigen Ansprüchen vorsieht, so müssen diese zwischen Kaufleuten „aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften“ zur Entstehung und die zurückbehaltenen Gegenstände — bewegliche Sachen und Wertpapiere — mit Willen des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Retinierenden gekommen sein, „die Erlangung des Besitzes muß auf dem Handelsverkehr des Beteiligten beruhen“.[1]) In diesem Erfordernis des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes kann man wohl eine gewisse „wirtschaftliche Einheit“ erblicken. Doch gäbe es zu unnötigen Verwechselungen Anlaß, diesen lockeren Zusammenhang, den das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht erfordert, auch als Konnexität zu bezeichnen: Von einer Ableitung „aus demselben rechtlichen Verhältnis“ ist hier nicht die Rede. Auf die weiteren zahlreichen Unterschiede zwischen den beiden Arten des Zurückbehaltungsrechtes kann hier nicht eingegangen werden.

[1]) Entsch. d. ROHG. v. 2. 2. 1876 Bd. 19 S. 372; bei Litthauer, HGB. § 369 Anm. h.

Zweiter Abschnitt.

Das Erfordernis der Konnexität beim Zurückbehaltungsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 5.

Aufnahme ins Bürgerliche Gesetzbuch.

Nach diesem Versuch, die geschichtliche Entwicklung des Begriffs der Konnexität darzulegen, ist nun das Resultat dieser Entwicklung, niedergelegt in erster Linie in „demselben rechtlichen Verhältnisse" des § 273,1 BGB., ins Auge zu fassen.

Dem Gesetzgeber waren durch den historischen Werdegang zwei Möglichkeiten der gesetzlichen Regelung des Zurückbehaltungsrechts an die Hand gegeben, wollte er nicht, wie es das österr. Bürgerliche Gesetzbuch getan, das Zurückbehaltungsrecht überhaupt aus der Rechtsordnung ausschließen. Einen dieser Wege hatten schon die römischen Quellen und ihnen folgend der code civil eingeschlagen: Sie kannten ein Rechtsinstitut der Retention überhaupt nicht, sondern gaben in den einzelnen Fällen, wo dieselbe zulässig sein sollte, die nötigen Vorschriften. Dieses System hat zweifellos den Vorzug, alle Bedenken für einzelne Fälle von vornherein auszuschließen und falsche Analogien zu verhindern, andererseits aber den Nachteil, daß viele Spezialbestimmungen erforderlich und einzelne Fälle leicht übersehen werden.[1]) Den andern Weg fanden wir schon im allgem. Landrecht und dem sächs. Bürgerlichen Gesetzbuch.[2]) Hier war ein einheitliches Institut geschaffen, das die Zulässigkeit der Zurückbehaltung an gewisse Voraussetzungen knüpfte und die Anwendung in der Praxis dem juristischen Scharfsinn und dem billigen Ermessen des Richters überließ. Dieses System bietet zweifelsohne dem ersteren gegenüber den Vorteil, daß in allen Fällen, wo bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen Treu und Glauben oder die Verkehrssitte es erforderte, dem Richter die Mög-

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 41.
[2]) vgl. oben S. 20 f.

lichkeit gegeben war, die Zurückbehaltung zuzulassen. Andererseits barg dieses System aber die Gefahr in sich, in Form übermäßiger Analogien dem Institut der Zurückbehaltung allzu großen Einfluß auf die Rechtsordnung einzuräumen.

Für das Bürgerliche Gesetzbuch hat der Gesetzgeber den letzteren Weg gewählt. Es erhob sich aber sogleich die Frage, wo dieses Institut dem System des Gesetzes eingereiht werden müsse. Der Auffassung entsprechend, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht auf „das Recht der Schuldverhältnisse“ zu beschränken sei, wollten einige es in den „allgemeinen Teil“, und zwar in den Abschnitt über die „Selbsthilfe“ verweisen,[3]) eine Stellung, die dasselbe heute noch in einigen Lehrbüchern[4]) hat. Doch entschloß man sich, entsprechend anderen Instituten des Obligationenrechts, die auch von allgemeiner Bedeutung sind, das Zurückbehaltungsrecht ins zweite Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs einzugliedern, zweifellos eine gewisse „Verlegenheitsstellung“.[5])

War man nun auch zur Aufstellung eines einheitlichen Zurückbehaltungsrechtes entschlossen, so fragte es sich vor allem, in welcher Form man das Erfordernis der Konnexität in das neue Gesetzbuch übernehmen sollte. Auch da waren schon zwei Wege vorgezeichnet: Der ältere war der der Bildung einzelner Kategorien, die selbständig nebeneinander gewisse Arten der Konnexität repräsentierten, so bei Glück, Schenck u. a.[6]) Der die Folge einer weiteren Entwicklung bildende war die Aufstellung des einheitlichen Konnexitätsbegriffes, so bei Cramer,[7]) Goldschmidt,[8]) im allgem. Landrecht und im sächs. Bürgerlichen Gesetzbuch.[9]) Die vielen Streitigkeiten um die Konnexitätskategorien einerseits, die erfolgreiche Aufstellung des einheitlichen Begriffes in den zitierten Partikulargesetzen und die am Ende des verflossenen Jahrhunderts durchaus einheitliche Judikatur des Reichsgerichts andererseits mögen dem zweiten Weg zum Siege verholfen haben.

Nachdem auch die Notwendigkeit eines einheitlichen Konnexitätsbegriffes klargestellt war, erhob sich schließlich noch die Frage, wie diesem einheitlichen Begriffe am besten Ausdruck gegeben würde. Diese Frage ist es, die der Gesetzgeber von allen die Zurückbehaltung betreffenden am wenigsten befriedigend gelöst hat. So viel Möglichkeiten ihm auch aus der gemeinrechtlichen Literatur,

[3]) Prot. Bd. 1 S. 311/12.
[4]) z. B. Crome Bd. 1 S. 545 f.
[5]) Crome S. 546, 6.
[6]) vgl. oben S. 10, 11 f.
[7]) vgl. oben S. 12 f.
[8]) vgl. oben S. 14 f.
[9]) vgl. oben S. 20 f.

aus der Judikatur, wie aus der Partikulargesetzgebung an die Hand gegeben waren: er wählte, wenigstens dem Wortlaut nach, keinen von ihnen. „Der Entwurf hütet sich“ nicht bloß, Kategorien aufzustellen, was ja durchaus anzuerkennen ist, nein „er hütet sich“ auch, das Erfordernis der Konnexität „durch spezielle Beschreibung ... näher zu präzisieren“, damit der Richter unbehindert wäre, „im Einzelfall durch Prüfung auf Grund des erwähnten Prinzips zu entscheiden, ob ein Auseinanderreißen der aktiven und passiven Seite eines und desselben rechtlichen Verhältnisses zum Nachteile des wegen einer Leistung Belangten stattfinden würde, ob demnach ein Rententionsrecht begründet ist oder nicht“.[10]) Hierüber kann man freilich verschiedener Meinung sein. Warum hat der Entwurf nicht einen der früher eingeschlagenen Wege gewählt? Er hätte damit viele theoretische Streitigkeiten vermieden, die auch leicht für die Rechtsprechung bedenklich werden und deren Einheitlichkeit beeinflussen konnten. Wir sahen, daß das Reichsgericht am Ende der gemeinrechtlichen Entwicklung eine einheitliche Judikatur angebahnt hatte: War es nun vorteilhaft, mit den vielen Erfahrungen, die man im Laufe mehrerer Jahrhunderte in theoretischer Arbeit gesammelt, auch die der Praxis, die sich doch zweifellos bewährt hatte, mit über Bord zu werfen, oder ihren Bestand wenigstens stark zu gefährden? Das Gesetz spricht weder von „demselben Rechtsverhältnisse“,[11]) „einem Komplex von Rechtsverhältnissen, die . . . eine (natürliche — gewollte) Einheit bilden“,[12]) „einer wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit“,[13]) noch gebraucht es eine der durch Partikulargesetze benutzten Formulierungen: es spricht von „demselben rechtlichen Verhältnis“, ein neuer Begriff, den wir in der doch wahrhaft reichen älteren Literatur nirgends fanden. Daß sich im Anschluß hieran, da auch die Materialien (Motive und Protokolle) zum Bürgerlichen Gesetzbuch sich des näheren hierüber nicht auslassen, wieder neue Meinungsverschiedenheiten ergeben mußten, konnte von vornherein niemandem zweifelhaft sein. Trotzdem wurde diese Formulierung wörtlich, wie sie schon der 1. Entw. im § 233 brachte, geltendes Recht. Sehr schnell schloß sich denn auch an § 273, 1 wieder eine reiche Literatur an: Die verschiedensten Ansichten wurden in der Theorie laut, so daß die Einheitlichkeit der Praxis damit auch gefährdet scheinen mußte. Doch sie blieb davon unberührt: sie verharrte bei ihrer schon im 19. Jahrhundert, also vor Inkraft-

[10]) Mot. Bd. 2 S. 41.
[11]) Cramer a. a. O. S. 320.
[12]) Goldschmidt a. a. O. S. 968f.
[13]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 322.

treten des Bürgerlichen Gesetzbuchs vertretenen Auffassung, so daß die neue Gesetzgebung fast spurlos an ihr vorübergegangen zu sein schien.

§ 6.

Stellungnahme der modernen Wissenschaft gegenüber den Gesetzesworten im § 273, 1.

Betrachten wir die in den bedeutenderen Kommentaren und Lehrbüchern zum Bürgerlichen Gesetzbuch vertretenen Ansichten über die Konnexität, so lassen sich da von vornherein zwei Gruppen unterscheiden. Die eine, von einer erheblich geringeren Zahl von Rechtslehrern vertreten, identifiziert die fraglichen Worte des Gesetzes mit „Rechtsverhältnis". Dahin gehören besonders Laband,[1]) Cosack und Stammler.[2]) Nur Cosack äußert sich darüber näher und verlangt, daß beide Ansprüche auf „dem gleichen zweiseitigen Schuldverhältnisse" beruhen.[3]) Ein zweiseitiges Schuldverhältnis ist aber ein Vertrag, gleichgültig ob ein notwendig zweiseitiger, z. B. Kauf, oder ein unvollkommen zweiseitiger, z. B. Leihe, also damit natürlich ein Rechtsverhältnis, man mag diesen Begriff auch noch so eng fassen.

Schönenberg[4]) widersetzt sich zuerst der analogen Anwendung der von Goldschmidt für das gemeine Recht aufgestellten Theorie auf das geltende Recht mit dem Bemerken: „Es genügt nicht das Entstandensein aus einem Komplex von Rechtsverhältnissen, welche eine . . . Einheit bilden, sondern es wird gefordert ein Beruhen auf demselben rechtlichen Verhältnis".[5]) Aus der Betonung der Mehrheit (Komplex) von Rechtsverhältnissen bei Goldschmidt und der Einheit des rechtlichen Verhältnisses (dasselbe rechtliche Verhältnis) im Gesetz geht schon hervor, daß Schönenberg die Möglichkeit einer verschiedenen Bedeutung von „rechtlichem Verhältnis" und „Rechtsverhältnis" von vornherein für ausgeschlossen hält. Doch warum? Kann nicht ein „Komplex von Rechtsverhältnissen", die in einer gewissen Beziehung zueinander stehen, wieder ein Verhältnis bilden, das irgendwie rechtlich bedeutsam, also ein „rechtliches Verhältnis" ist? Wieso der „juristische Sprachgebrauch" mit beiden Begriffen das-

---

[1]) Im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 73 S. 192/93.

[2]) S. 102.

[3]) Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 321.

[4]) Die Voraussetzungen der im § 273, 1 BGB. geschaffenen Retentionsbefugnis, Gießen 1900/01, S. 22f.

[5]) S. 23.

selbe bezeichnen soll, ist nicht klar. Schönenberg gibt einen Beweis für diese Behauptung nicht.[6])

Rieger,[7]) der, wie erwähnt, ein obligatorisches und ein sachenrechtliches Zurückbehaltungsrecht unterscheidet, identifiziert die Worte „rechtliches Verhältnis" mit „Schuldverhältnis" und versteht darunter „eine kraft Spruchs der Rechtsordnung an einen bestimmten . . . Tatbestand geknüpfte, in Rechten und Pflichten sich äußernde Beziehung zwischen zwei oder mehreren bestimmten Personen".[8]) „Da das Zurückbehaltungsrecht voraussetzt, daß sich zwei wechselseitige, auf demselben Rechtsverhältnis (!) beruhende Ansprüche gegenüberstehen, so sind nur solche Tatbestände anzuführen, die zweiseitige Schuldverhältnisse erzeugen. Ja auch unter diesen ist noch eine Kategorie zum Teil auszuscheiden, nämlich die der vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Verträge" . . . „es sind daher von den Verträgen vor allem die unvollkommen zweiseitigen zu nennen".[9]) Das wäre dasselbe, was Cosack sagt.

Auch Rech[10]) identifiziert „Rechtsverhältnis" mit „rechtlichem Verhältnis" ohne weiteres; doch versteht er unter Rechtsverhältnis etwas weit anderes als die in der heutigen Wissenschaft absolut herrschende Meinung. Er hat den Begriff so weit gefaßt, daß er zu den anderen hier genannten Vertretern der Ansicht, rechtliches Verhältnis sei dasselbe wie Rechtsverhältnis, nur auf Grund der äußeren Formulierung, keineswegs aber wegen der juristischen Bedeutung seiner Lehre zu zählen ist. Nach eingehenden Ausführungen, die ich jetzt des näheren nicht besprechen will, da ich mich Rech im allgemeinen anzuschließen gedenke, und so eine Wiederholung derselben unumgänglich nötig würde, kommt Rech zu dem Resultat, daß „Rechtsverhältnis" im Sinne des § 273, 1 als „der Inbegriff aller zwischen zwei Personen bestehender Rechtsbeziehungen" zu definieren ist, „die in der Art miteinander verwandt sind, daß die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm auf die den sämtlichen Tatbeständen gemeinsamen Tatsachen gegeben ist, ohne Rücksicht darauf, ob durch die Anwendbarkeit der Rechtsnorm die von ihr vorgesehene rechtliche Wirkung eintritt oder nicht".[11]) Doch Näheres darüber unten.

Dagegen steht die weitaus größte Zahl der Rechtslehrer auf dem Standpunkt, daß, wenn das Gesetz von „demselben rechtlichen Verhältnis" spricht, es doch zweifellos etwas anderes als „das-

---

[6]) S. 34 Anm. 12.
[7]) Das Zurückbehaltungsrecht des BGB., Tübingen 1901.
[8]) S. 29.
[9]) S. 35, 36.
[10]) Das Rechtsverhältnis, Bonn 1904, S. 54 f.
[11]) S. 26.

selbe Rechtsverhältnis" meint, sonst könnte es ja diesen Ausdruck auch hier wie so häufig anderer Orten gebrauchen. Die Vertreter dieser Ansicht sind zu ihrer Auffassung gewiß nicht allein durch die Erwägung bestimmt worden, daß der Gesetzgeber mit verschiedenen sprachlichen Wendungen auch verschiedene juristische Vorstellungen verbände, sondern zweifellos wirkte hierbei auch die Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung mit. Man wird sich daran erinnert haben, daß man schon im gemeinen Recht einst Konnexitätskategorien aufstellte für Forderungen „aus demselben Rechtsverhältnisse, auf welches das Recht der Abforderung der Sache sich gründet",[12] daß später Cramer[13] sogar allgemein verlangte, „daß beide Ansprüche sich auf dasselbe Rechtsverhältnis beziehen oder stützen", daß man schließlich von beiden wieder abgekommen und in der Praxis allein die Auffassung Goldschmidts angenommen hat, welcher nur verlangt, daß „Anspruch und Gegenanspruch einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören, die eine . . . natürliche bezw. gewollte Einheit bilden".[14] Sollte man nun durch die Kodifikation von 1900 von dieser zweifellos doch Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte erleichternden Auffassung wieder haben abkommen und zu jenem engen, wenig biegsamen, daher vermutlich leicht zu Härten führenden Begriffe des „Rechtsverhältnisses" zurückkehren wollen, wo doch vermutlich das Gesetz mit Absicht von „demselben rechtlichen Verhältnisse" spricht?

So verwirft Rehbein[15] die Identifizierung von „rechtlichem Verhältnis" und „Vertrag", also jene Auffassung Cosacks, die wohl zweifellos zu eng ist, denn dann wäre § 273, 1 nichts als eine Ergänzung von § 320, der das Zurückbehaltungsrecht für die gegenseitigen Verträge regelt, und es bliebe für § 273, 1 nur das Gebiet der unvollkommen zweiseitigen Verträge übrig. Ebensowenig wie Rehbein geben Simon,[16] Planck[17] und Schollmeyer[18] näheres Positives: sie begnügen sich mit Verweisungen auf die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 14, die oben[19] eingehend besprochen ist, und mit der Betonung der Rücksicht auf Treu und Glauben; ebenso Staudinger[20] unter gleichzeitiger Berufung auf die Motive, welche erklären,[21] daß das Zurück-

[12] Schenck S. 178.
[13] a. a. O. S. 320.
[14] Goldschmidt Bd. 1, 2 S. 968 f.
[15] Bd. 2 S. 94.
[16] JurMonatsschr. für Posen usw. S. 65 f.
[17] Bd. 2 S. 64.
[18] S. 90.
[19] vgl. oben S. 17 f.
[20] Bd. 2 S. 73, 74.
[21] Bd. 2 S. 41.

behaltungsrecht „zum Schutze dient gegen einen Dolus des Gegners, welcher darin besteht, daß dieser, indem er einen Anspruch ohne Rücksicht auf einen dem andern Teile zustehenden Gegenanspruch erhebt, durch diese Loslösung seines Anspruches von dem gesetzlichen oder natürlichen Zusammenhange mit dem Gegenanspruche und durch die Ignorierung des letzteren gegen Treu und Glauben verstößt“. Ebenso nimmt auch Matthiaß[22]) fast wörtlich die Ansicht Goldschmidts auf; Engelmann[23]) verlangt einen „natürlichen Zusammenhang“ im Anschluß an eine Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 57, 6), die sich ihrerseits auf die Entscheidung des Bandes 14 und die Motive beruft. Auf sie wird unten noch zurückgekommen.

Verschiedene Rechtslehrer dagegen suchen neue Gesichtspunkte zur Erklärung jener zweifelhaften Worte des § 273 heranzuziehen. Wenn Dernburg[24]) ein „einheitliches Lebensverhältnis“, Schlegelberger[25]) ein „rechtlich geregeltes Lebensverhältnis“, Oertmann[26]) „jedes rechtlich geregelte bedeutsame Verhältnis“ in den Worten des Gesetzes erkennt und ausdrücklich betont, daß dies einen Gegensatz bilde zu „Rechtsverhältnis“, so ist das, wenn man sich der herrschenden Meinung anschließt und in einem Rechtsverhältnis ein „rechtlich bedeutsames und deshalb vom Recht bestimmtes Lebensverhältnis“ [27]) erblickt, wenig verständlich. Doch bald werden wir sehen, wie der Begriff des Rechtsverhältnisses stets enger zu fassen ist als der des rechtlichen Verhältnisses, welches eben in der Regel aus mehreren „Rechtsverhältnissen“ besteht und ein „Komplex von Rechtsverhältnissen“ [28]) ist. Oertmann schließt sich weiterhin an Crome und Enneccerus an und betont in erster Linie das „teleologische Moment“: Der Zweck, nicht die Merkmale der zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse müßten identisch sein.[29]) Mit „demselben rechtlichen Verhältnisse ist nicht schlechthin ein Rechtsverhältnis gemeint; sondern ob nach der Auffassung des Lebens oder des Verkehrs der Tatbestand, aus dem die beiderseitigen Ansprüche hervorgehen, in dem Sinne ein einheitlicher ist, daß auch die Rechtsfolgen durchaus einheitlich eintreten sollen“;[30]) wenn nur die verschiedenen Rechtsverhältnisse, aus denen die Ansprüche hervorgehen „nach ihrem Zwecke, der Parteiabsicht und der

---

[22]) Bd. 1 S. 277.
[23]) S. 245.
[24]) Bd. 2, 1 S. 145.
[25]) S. 90.
[26]) S 75.
[27]) Enneccerus Bd. 1 S. 83; Engelmann S. 34.
[28]) Bei Goldschmidt, vgl. oben S. 14f.
[29]) Oertmann S. 76.
[30]) Crome S. 548.

Anschauung des Verkehrs wirtschaftlich als ein Ganzes erscheinen".[31]) Diese Betonung des einheitlichen Endzweckes, die wir ja auch in der Judikatur vielfach finden,[32]) scheint mir für die Zusammengehörigkeit der Gegenansprüche wichtiger zu sein als der einheitliche Entstehungsgrund.[33]) Gewiß kann und wird sich häufig mit identischem Entstehungsgrunde ein identischer Zweck verbinden, wie ja Ursache und Zweck bei einem Rechtsgeschäft meist in Beziehung zueinander stehen; doch ist das weder begrifflich notwendig, noch auch tatsächlich stets der Fall. Eine etwas abweichende Auffassung finden wir bei Endemann,[34]) welcher verlangt, daß „Schuld und Anspruch, wenngleich die Entstehungsgründe sich aus verschiedenen selbständigen Tatbeständen herleiten, doch aus einer Wurzel entsprungen sind und der Ausübung nach in rechtlich anzuerkennender Gebundenheit voneinander stehen".

Was uns bei diesen von der Doktrin gelieferten Definitionen nicht recht befriedigt, ist der Mangel an präziser Ausdrucksweise, wenigstens bei den Vertretern der zweiten Ansicht. Was wir uns unter einem „Rechtsverhältnis" zu denken haben, ist im allgemeinen klar, dafür gibt uns die Theorie den nötigen Anhalt. Was ist dagegen ein „Lebensverhältnis", eine „wirtschaftliche Einheit"? Das sind Begriffe, über deren Bedeutung man sehr verschiedener Ansicht sein kann, die also zum Gebrauch in der Praxis, zur Schaffung einer einheitlichen Judikatur wenig geeignet erscheinen. Doch könnte man das mit der Tendenz des Gesetzes entschuldigen, die Entscheidung über Zulassung oder Verweigerung der Zurückbehaltung im allgemeinen dem nach Treu und Glauben entscheidenden Ermessen des Richters zu überlassen. Was aber haben obige Definitionen mit den Gesetzesworten zu tun? Die Vertreter der zweiten Ansicht werfen denen der ersteren vor, ihre Auffassung widerspräche offensichtlich dem Willen des Gesetzgebers. Entspricht aber die Auffassung der anderen Richtung mehr diesem Willen? Liegt in den Worten des Gesetzes eine Andeutung an ein „einheitliches Lebensverhältnis",[35]) „eine Identität des Zweckes"?[36]) In allen den letzteren Versuchen, „dasselbe rechtliche Verhältnis" zu definieren, erkennt man wohl die Bestrebung, damit einen Begriff zu schaffen, dessen Umfang größer ist als der „desselben Rechtsverhältnisses", nur kranken diese Versuche größtenteils daran, daß das „rechtliche Verhältnis", d. h. also das juristische Moment,

[31]) Enneccerus S. 625.
[32]) z. B. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 234.
[33]) So Schönenberg S. 33, 34.
[34]) Bd. 1 S. 710,
[35]) Dernburg Bd. 2, 1 S. 145.
[36]) Oertmann S. 76.

welches die beiderseitigen Ansprüche nach dem Wortlaut des Gesetzes verbinden soll, nicht — wenigstens in Worten nicht — Berücksichtigung gefunden hat. Eine Ausnahme bilden hier Endemann[37]) und Crome.[38]) Über die Worte des Gesetzes kommen wir damit nicht hinweg: Sich mit dem Erfordernisse „eines einheitlichen Lebensverhältnisses“, „eines wirtschaftlichen Ganzen“ aus der Schwierigkeit zu helfen, würde eine Selbsttäuschung bedeuten, wenn man nicht zugleich auch das Vorliegen juristischer Momente erkennt, die erst die beiderseitigen Ansprüche zu diesem „wirtschaftlichen Ganzen“ vereinen.

Doch betrachten wir noch die gerichtliche Praxis, insbesondere die des Reichsgerichts. Wir sahen,[39]) wie sich das Reichsgericht schon am Ende der gemeinrechtlichen Epoche streng an die Konnexitätslehre Goldschmidts angeschlossen und damit nicht ein und dasselbe Rechtsverhältnis als Quelle der beiderseitigen Ansprüche verlangt hatte, sondern „einen Komplex von Rechtsverhältnissen“, die nach der Natur des Anspruchs oder dem Willen der Parteien eine Einheit bilden. Auf jene grundlegende Entscheidung v. 26. 10. 1885 Bd. 14 nahmen das Reichsgericht wie auch manche Oberlandesgerichte in verschiedenen Entscheidungen Bezug, und zwar trotz Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches mit seiner positiven Regelung des Zurückbehaltungsrechtes ohne nennenswerte Änderung in der Begründung.

Wichtig ist hierfür die Entsch. v. 26. 1. 1904[40]): In ihr handelt es sich um drei gleichzeitig geschlossene, in einer Urkunde niedergelegte Verträge zwischen denselben Personen — der Tatbestand sei der Übersichtlichkeit halber hier vereinfacht wiedergegeben: Ein Pachtvertrag über ein Grundstück, ein Kaufvertrag über das auf demselben befindliche Inventar und ein Abkommen, gerichtet auf zukünftigen Abschluß von Kaufverträgen, waren zwischen denselben Parteien eingegangen. Dem Anspruch auf Verschaffung des unbeschränkten Eigentums aus dem Kaufvertrage setzte der Verkäufer ein Zurückbehaltungsrecht entgegen wegen nicht gehöriger Erfüllung des dritten Vertrages. Das Reichsgericht verwarf hier die Auffassung des Berufungsrichters, wonach das „Kaufgeschäft und das Abkommeu zwei besondere, voneinander unabhängige Rechtsgeschäfte“ darstellten, die „nicht in einem sich gegenseitig bedingenden Verhältnisse zueinander“, sondern „nur wirtschaftlich und tatsächlich . . . . im Zusammenhang“ ständen, während „juristisch . . . . das Kaufgeschäft ein selbständiges Geschäft für

[37]) Bd. 1 S. 710.
[38]) Bd. 1 S. 548.
[39]) vgl. oben S. 17 f.
[40]) Entsch. d. RG. Bd. 57 S. 1 f.

sich" bedeutete. Dies sei nur, so führte das Reichsgericht[41]) aus, eine „genügende und rechtlich einwandsfreie Würdigung der fraglichen Einrede vom Gesichtspunkte des § 320 BGB. aus" usw.

Weiterhin weist das Reichsgericht auf jene schon zitierten Worte der Motive[42]) und die Entscheidung in Bd. 14 hin. In diesem Falle lag zwischen den drei Verträgen im Gegensatz zu jenem vom Reichtsgericht v. 26. 10. 1885[43]) entschiedenen Falle eine „natürliche", nicht eine gewollte oder nur als gewollt vorauszusetzende „Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" vor. Ein Auseinanderreißen dieses natürlichen Zusammenhanges hätte Treu und Glauben widersprochen. Demgemäß wurde Konnexität zwischen dem Anspruch der Klägerin auf Befreiung des Inventars von einer dieses mitbelastenden Hypothek und dem Gegenanspruch des Klägers auf Erfüllung des Abkommens, eines pactum de contrahendo, als gegeben angesehen. Bringt die Entscheidung demnach auch juristisch nichts wesentlich Neues, so ist sie gegenüber der des 14. Bandes insofern von Wichtigkeit, als sie die Anwendbarkeit der jenem Urteil zugrunde liegenden Goldschmidtschen Konnexitätstheorie auch auf das geltende Reichsrecht ausspricht. Wiedergegeben ist sie auch in der Deutschen Juristenzeitung.[44])

Eine Entscheidung in Bd. 59[45]) ist insofern besonders interessant, als das Reichsgericht sich hier über den Umfang des Zurückbehaltungsrechtes ausspricht. Im übrigen erkennt der Gerichtshof in dieser Entscheidung zugleich Konnexität als gegeben an zwischen dem Anspruch des Vorerben auf Überlassung von Sparkassenbüchern und dem der Nacherben auf Sicherheitsleistung, „denn die §§ 2112 f. BGB. ergeben, daß zwischen Vor- und Nacherben ein dauerndes gegenseitiges, Rechte und Pflichten begründendes Verhältnis besteht, und der Kläger fordert die Überlassung der Sparkassenbücher auf Grund desselben Erbrechtes an dem Nachlaß seiner Ehefrau, aus welchem auch die Beklagten gemäß § 2128 BGB. den Anspruch auf Sicherheitsleistung herleiten".

Sehr wichtig für den Geschäftsverkehr unter Kaufleuten ist die Entscheidung des II. Senats des Reichsgerichts v. 29. 6. 1906[46]) dahin gehend, daß der Anspruch der einen Partei aus einem Vertrag auf Leistung und der der anderen Partei auf Zahlung aus einem anderen Vertrage konnex sind, wenn die beiden Kon-

---

[41]) Bd. 57 S. 5.
[42]) Bd. 2 S. 41.
[43]) Bd. 14 S. 231.
[44]) 1904 Nr. 8 S. 406/07.
[45]) Entsch. d. RG. Bd. 59 S. 202.
[46]) Holdheims Monatsschr. 1906 Nr. 10 S. 279/80.

trahenten in Geschäftsverbindung miteinander stehen, denn „Kaufleute pflegen in solchem Falle die einzelnen Geschäfte nicht jedes für sich und völlig unabhängig von dem anderen, sondern die verschiedenen Geschäfte als eine zusammenhängende Kette von Geschäften und das einzelne Geschäft als ein Glied der Kette zu betrachten. Der kaufmännischen Auffassung widerspricht es, daß in einem solchen Falle der Verkäufer einseitig auf die sämtlichen Geschäfte fortwährend liefern soll, auch wenn der Käufer mit den schuldigen Zahlungen im Rückstande bleibt". „Vielmehr gilt hier,[47]) daß die Pflicht des Klägers zur Lieferung der zuletzt bestellten Waren nicht als von der Erfüllung der Pflicht des Beklagten zur Berichtigung der fälligen Preise für die früheren Bestellungen unabhängig gewollt zu erachten sei, sondern als unter der Voraussetzung übernommen, daß der Beklagte sich in bezug auf jene Preisberichtigung vertragsmäßig verhalten werde". Entsprechend hat das Oberlandesgericht Breslau für Teilleistungen bestimmt, daß „bei vereinbarten Teilleistungen ohne Stundung des Kaufpreises dem Käufer ohne weiteres das Recht der Zurückbehaltung an den folgenden Teilleistungen zusteht, sobald der Käufer das Kaufgeld in der verabredeten Weise für die erledigte Teillieferung nicht vollständig begleicht".[48])

Einen ganz entsprechenden Fall hat erst in letzter Zeit, am 18. 2. 1908, der II. Zivilsenat des Reichsgerichtes[49]) eben dahin entschieden. Es würde zu weit führen, auch hier den Tatbestand eingehend zu besprechen, zumal es sich im wesentlichen auch hier um Ansprüche aus Geschäften handelt, die nur „Glieder einer ganzen Kette zusammenhängender Geschäfte" sind. Auch hier werden der Anspruch auf Leistung aus einem Geschäft und der Gegenanspruch auf Zahlung fälliger Kaufpreise aus einem früheren Geschäft als konnex angesehen. Auch hier beruft sich das Reichsgericht auf die schon oben zitierte Bemerkung der Motive zu § 233 des ersten Entw.[50]) und auf seine Entscheidung in Bd. 14. Es entspricht auch dieses Urteil wie die früheren der Erwägung, daß die Verkehrsanschauung und die Rücksicht auf Treu und Glauben in erster Linie entscheidende Momente seien.

Zur weiteren Erläuterung der Stellung des Reichsgerichts in dieser Frage sei noch auf einige interessante Entscheidungen hingewiesen, in denen umgekehrt Konnexität als nicht gegeben angesehen, die Zurückbehaltung also verworfen wurde.

---

[47]) Entsch. d. OLG. Bd. 3 S. 354/55, Urteil v. 26. 10. 1901 Hamburg III. Zivilsenat.

[48]) Recht 1904 Nr. 2 S. 44; Entsch. d. OLG. Breslau v. 10. 12. 1903.

[49]) Bd. 68 S. 32 f.

[50]) vgl. oben S. 29.

So wurden z. B. der Anspruch des Miterben gegen den Testamentsvollstrecker auf Auskunftserteilung über den Stand des Nachlasses und der des Testamentsvollstreckers gegen den Miterben auf Rückzahlung eines ihm vom Erblasser gegebenen Darlehns als nicht konnex befunden,[51] „da mit der Klage der Beklagte nicht als Miterbe, sondern als Nachlaßschuldner in Anspruch genommen ist“. Identität des rechtlichen Verhältnisses war also sicherlich nicht gegeben, denn es war lediglich Einheit der persönlichen Beziehung gegeben, daß aber der Miterbe zugleich auch der Nachlaßschuldner in einer Person war, ist rechtlich bedeutungslos.

Eher waren Bedenken berechtigt bei dem dem Urteil v. 8. 4. 1903 zugrunde liegenden Falle[52]: Ein vertretungsberechtigter Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft hatte dem Gesellschaftsvertrage zuwider ohne Genehmigung der übrigen Gesellschafter ein Grundstück mit Mitteln der Gesellschaft erworben und diese als Eigentümerin ins Grundbuch eintragen lassen. Die übrigen Gesellschafter klagten nun auf Rückzahlung des der Kasse entnommenen Betrages — auch hier ist der Übersichtlichkeit halber der Tatbestand vereinfacht. Gemäß dem Vorbringen des Beklagten, er sei zur Zurückzahlung nur Zug um Zug gegen Auflassung des Grundstückes seitens der Gesellschaft an ihn verpflichtet, d. h. also zur Verweigerung seiner Leistung bis zur Ausführung der Gegenleistung berechtigt, entschied auch der Berufungsrichter. Ihm widersprach jedoch das Reichsgericht, da dem Erfordernis der Konnexität im § 273, 1 BGB. nicht genügt sei. „Durch die unberechtigte Entnahme und Verwendung der Beträge wurde der Beklagte lediglich Schuldner der Gesellschaft und seiner Mitgesellschafter, der Kläger. Einen Anspruch aus dieser unberechtigten Handlung kann der Beklagte gegen den Kläger nicht erworben haben und hat er nicht erworben, weil die Kläger den Erwerb durch ihn mit den Mitteln der Gesellschaft als Erwerb für die Gesellschaft nicht gelten zu lassen brauchen und nicht gelten lassen wollen. In dem rechtlichen Verhältnis zwischen den Klägern und dem Beklagten ist der Erwerb materiell Erwerb des Beklagten, aus dem er Schuldner der Gesellschaft geworden ist, weil er Mittel der Gesellschaft dazu verwendet hat.“ Es liege hier nicht der Fall vor, daß ein „Vertreter, Beauftragter oder Geschäftsführer ohne Auftrag mit eigenen Mitteln für einen andern erworben hat und der andere den Erwerb genehmigt oder zu genehmigen verpflichtet ist, Gläubiger des Anspruches auf

---

[51]) Entsch. d. RG. Bd. 49 S. 82.
[52]) Entsch. d. RG. Bd. 54 S. 237.

das Erworbene, zugleich aber Schuldner des für den Erwerb Aufgewendeten ist". Der Beklagte sei vielmehr nicht Gläubiger der Gesellschaft geworden, auch nicht durch die Eintragung derselben ins Grundbuch, sondern lediglich Schuldner durch die unbefugte Entnahme von Geld. Gläubiger wäre er erst mit der Rückzahlung, und erst dann sei also die Gesellschaft verpflichtet, zur Auflassung die nötigen Erklärungen abzugeben, also erst nach, nicht gleichzeitig mit seiner Leistung. Daraus geht hervor, daß ein und dasselbe rechtliche Verhältnis hier nicht gegeben war: Der Anspruch der Kläger entsprang der unbefugten Entnahme des Geldes, der ungerechtfertigten Bereicherung des Gesellschafters, der des Beklagten allerdings auch einer ungerechtfertigten Bereicherung, doch einer von jener rechtlich gänzlich getrennten, denn die Gesellschaft wird, wie ja das Reichsgericht ausführte, ungerechtfertigt bereichert erst im Moment der Rückzahlung des der Kasse entnommenen Betrages, nicht schon mit dem Erwerbe des Grundstückes durch den Beklagten, auch nicht durch die Eintragung.

Schließlich sei noch einer Entscheidung gedacht, die in der Deutschen Juristenzeitung[53]) wiedergegeben ist: „Hat der Gerichtsvollzieher ein Zurückbehaltungsrecht an dem zuzustellenden Schriftstück wegen nicht gezahlter Gebühren?" Hier ist es in erster Linie der Mangel der Gegenseitigkeit, der ein Zurückbehaltungsrecht nicht zuläßt. Der Gläubiger der einen Forderung ist hier nicht Schuldner der anderen: Gläubiger des Anspruches auf Zustellung und Schuldner des Anspruches auf Zahlung der Gebühren ist zwar die beauftragende Partei, Schuldner des ersten Anspruches ist aber der Gerichtsvollzieher, während Gläubiger der zweiten der Staat ist: „Der Gerichtsvollzieher ist jetzt Staatsbeamter, er bezieht ein festes Gehalt, seine Gebühren fließen zur Staatskasse und werden für die Staatskasse von dem Gerichtsvollzieher erhoben".[54])

Hiermit wird wohl zur Genüge die Stellungnahme der Gerichte zu dem Erfordernisse der Konnexität des § 273, 1 BGB. dargetan sein. Wir sehen, ein enger Anschluß der heutigen Praxis an die Theorie, soweit letztere sich nicht damit begnügt, auf die Judikatur zu verweisen, ist wenigstens in der Terminologie nicht vorhanden. Das Reichsgericht fußt ausnahmslos auf der von ihm schon vor 1900 vertretenen Lehre Goldschmidts und den Motiven zum 1. Entw. Im wesentlichen identifiziert es „dasselbe rechtliche Verhältnis" mit der „natürlichen gewollten oder als gewollt vorauszusetzenden Einheitlichkeit des faktischen

---

[53]) 1903 Nr. 23 S. 542/43; Rünger.
[54]) § 22 GVollzO. v. 31. 3. 1900.

Verhältnisses“ und ist in seiner Terminologie schärfer und klarer als mancher der obengenannten Juristen. Die Praxis legt das Hauptgewicht auf das wirtschaftliche Moment, auf die Anschauungen des Verkehrs, auf Treu und Glauben, alles Dinge, die uns vorerst mit den Worten des Bürgerlichen Gesetzbuches gar nicht im Einklang zu stehen scheinen, da diese wohl Identität des faktischen, nicht aber des rechtlichen Verhältnisses voraussetzen. Im folgenden, wo ich versuchen will, die Worte, mit denen § 273, 1 BGB. dem Erfordernis der Konnexität Ausdruck gibt, eingehend zu interpretieren, werde ich auch genötigt sein, auf einige dieser Fälle, die das Reichsgericht beschäftigten, noch einmal von einem anderen Gesichtspunkte aus einzugehen und dabei zu zeigen, daß tatsächlich sehr wohl auch eine Identität des „rechtlichen Verhältnisses“, d. h. gewisse gleiche juristische Momente bei beiden Ansprüchen und bei beiden die Wurzel dieser Ansprüche bildenden Rechtsverhältnissen vorhanden sind, die die Zusammenfassung derselben zu einem rechtlichen Verhältnis vollauf rechtfertigen, ohne daß „dasselbe Rechtsverhältnis“ im gewöhnlichen Sinne des Wortes vorläge.

§ 7.

Stellungnahme des Verfassers gegenüber den Gesetzesworten.

Versuchen wir jetzt, die Bedeutung „desselben rechtlichen Verhältnisses“ in § 273, 1 BGB. festzustellen. Zwei Möglichkeiten der Auslegung sind im Anschluß an die soeben besprochenen, in der heutigen Jurisprudenz vertretenen Auffassungen gegeben:

1. Wir identifizieren „rechtliches Verhältnis“ mit „Rechtsverhältnis“. Das entspräche m. E. dem Sprachgefühle. Es möchte mir, wenn wir alle juristischen Erwägungen beiseite lassen, gezwungen und dem Sprachgebrauch widersprechend erscheinen, zwischen „rechtlichem Verhältnis“ und „Rechtsverhältnis“ einen begrifflichen Unterschied zu machen. Oder

2. wir stellen „rechtliches Verhältnis“ in Gegensatz zu „Rechtsverhältnis“ in der Erwägung, daß das Gesetz mit bestimmten sprachlichen Wendungen auch eine bestimmte juristische Bedeutung zu verbinden pflegt, daß es also einen Begriff wie „rechtliches Verhältnis“, den es sonst meines Wissens nicht wieder gebraucht, hier mit Absicht für das ihm sonst geläufige „Rechtsverhältnis“ [1]) benutzt: es hat eben nicht „Identität des Rechtsverhältnisses“ für die Zurückbehaltung verlangen wollen.

---

[1]) §§ 168, 183, 922, 1070, 1, 1157 u. a. BGB.

Schließen wir uns vorerst der zweiten Auffassung an, so drängen sich uns sogleich andere Erwägungen auf: Was hat dann das Gesetz mit „rechtlichem Verhältnis“ sagen wollen? Es „hütet sich“ in wörtlichem Anschluß an den ersten Entwurf vor „spezieller Beschreibung“,[2]) es überläßt die Entscheidung des konkreten Falles dem billigen Ermessen des Richters. So mußte schließlich der Gesetzgeber eine analoge Anwendung der spätgemeinrechtlichen Judikatur auf das neue Recht mindestens als im Bereiche der Möglichkeit liegend ansehen, da er ausdrücklich in den Motiven auf jene Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 14 verweist.[3]) Wir sind, wenn wir von einer Identifizierung von „rechtlichem Verhältnis“ und „Rechtsverhältnis“ absehen, geradezu zu der Annahme genötigt, „dasselbe rechtliche Verhältnis“ solle nichts anderes besagen, als daß der eine Anspruch in einem solchen „gesetzlichen oder natürlichen Zusammenhange“ zum Gegenanspruch stehen müsse, daß „die Ignorierung des letzteren gegen Treu und Glauben verstieße“, der Gesetzgeber wolle also der spätgemeinrechtlichen Judikatur und damit der Lehre Goldschmidts Gesetzeskraft verleihen. Doch warum gebraucht er dann nicht Worte, die das deutlicher zum Ausdruck bringen? Warum spricht er nicht von einer „Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses“ usw.? Diesen Umstand glaube ich damit hinlänglich erklären zu können, daß ich annehme, der Gesetzgeber wollte nicht allein die Beobachtung faktischer, wirtschaftlicher Momente, sondern auch die gewisser rechtlicher Momente gewahrt wissen. Nur dann, wenn mehrere selbständige Rechtsbeziehungen auch gewisse rechtliche Momente gemein hätten, sollten sie als ein rechtliches Verhältnis angesehen werden.

Hätte der Gesetzgeber dem Erfordernisse dieser rechtlichen Momente dadurch Ausdruck gegeben, daß er das Entstandensein von Anspruch und Gegenanspruch aus „demselben Rechtsverhältnisse“ verlangte, so hätte er damit das Anwendungsgebiet des Zurückbehaltungsrechtes von vornherein scharf, zweifellos aber zu eng begrenzt; wie wir bald sehen werden, ist der Begriff des „Rechtsverhältnisses“ heute geradezu zum terminus technicus geworden. Hätte er aber die Formulierung gewählt, die wir besonders in den „Gründen“ zu den Entscheidungen des Reichsgerichts, wie auch in den Schriften der meisten Theoretiker gefunden haben, hätte er also eine „Einheit des faktischen Verhältnisses“ oder eine „wirtschaftliche Einheit“ verlangt, so hätte er dem Wortlaut nach von dem Erfordernis gewisser gemeinsamer

---

[2]) Mot. Bd. 2 S. 41.
[3]) Mot. Bd. 2 S. 41.

rechtlicher Momente überhaupt abgesehen und die Entscheidung, ob im konkreten Fall ein Zurückbehaltungsrecht zu gewähren sei, lediglich dem billigen Ermessen des auf Grund rein-wirtschaftlicher Erwägungen urteilenden Richters überlassen, ohne daß dabei irgendwelche juristische Erwägungen hätten mitsprechen dürfen. Das hätte aber leicht zu einer allzu großen Ausdehnung des Anwendungsgebietes unseres Rechtsinstitutes geführt, dem es vor allem für eine segensreiche Wirksamkeit in der Praxis an den festen Grenzen ermangelt hätte. Wollte der Gesetzgeber also die Entscheidung über die Zulässigkeit der Zurückbehaltung nicht lediglich aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus getroffen wissen, und wollte er auch nicht das Anwendungsgebiet des Zurückbehaltungsrechtes durch das Erfordernis des Entstandenseins der beiderseitigen Ansprüche aus „demselben Rechtsverhältnis" übermäßig einengen, so war er genötigt, eine neue Formulierung zu wählen, die das Erfordernis gewisser rechtlicher Momente erkennen ließ, ohne den Begriff des „Rechtsverhältnisses" zu enthalten.

Dies ist in § 273, 1 BGB. geschehen: Er läßt das Erfordernis des Vorhandenseins gewisser rechtlicher Moment deutlich — vielleicht allzu deutlich, daher die häufige Gleichstellung von „rechtlichem Verhältnis" und „Rechtsverhältnis" — erkennen; er nötigt uns aber eben durch das Abweichen von dem im Gesetze gebräuchlichen Begriff des „Rechtsverhältnisses", in Verbindung mit der oben zitierten Bemerkung der Motive[4]) zu der Annahme, daß hier auch der spät-gemeinrechtlichen Praxis Gesetzeskraft verliehen ist, doch diese stets eingeschränkt durch jenes Erfordernis der gemeinsamen rechtlichen Momente, über deren Wesen weiter unten des näheren zu sprechen sein wird.

Es mag dahingestellt bleiben, ob die Formulierung von § 273, 1 BGB. eine glückliche ist. Daß sich zahlreiche Kontroversen an sie geknüpft haben, sahen wir schon. Die Ansicht, „rechtliches Verhältnis" sei gleich „Rechtsverhältnis", erscheint mir jedoch unrichtig. Meines Ermessens ist dem Sprachgefühl bei Entscheidung dieser Frage weniger Bedeutung beizulegen als dem Umstand, daß der Gesetzgeber den Begriff des „Rechtsverhältnisses" häufig, den des „rechtlichen Verhältnisses" dagegen nur dieses eine Mal gebraucht. Als der ausschlaggebende Umstand erscheint mir schließlich die ganze historische Entwicklung unseres Instituts, insbesondere sein Entstandensein aus der exceptio doli. Ihr scheint es mir zu widersprechen, hier in dieser rechtlichen Verbindung von Anspruch und Gegenanspruch das entscheidende Moment zu er-

[4]) vgl. oben S. 37; Mot. Bd. 2 S. 41.

blicken, wie das besonders bei der Identifizierung von „rechtlichem Verhältnis“ und „Rechtsverhältnis“ geschieht. Jener historischen Entwicklung gemäß ist die *wirtschaftliche* Seite vor allem zu betonen. *Wirtschaftliche* Erwägungen haben in erster Linie zu bestimmen, ob im konkreten Fall ein Zurückbehaltungsrecht überhaupt in Frage kommen kann: Versagen sie, so wird von einem Zurückbehalten nie die Rede sein können; greifen sie dagegen durch, so wird man das Zurückbehalten auch nur dann zulassen dürfen, wenn gewisse gemeinsame *rechtliche* Momente vorhanden sind, die das *faktische, wirtschaftliche* Verhältnis erst zu einem *rechtlichen* machen. Wirtschaftliche Momente werden also stets den Anstoß zur Zulassung der Zurückbehaltung geben, rechtliche Momente sind dann erst die zweite Voraussetzung, bei deren Fehlen jedoch ein Zurückbehaltungsrecht nicht gewährt werden wird, sonst wäre den Worten des § 273, 1 BGB. nicht Genüge getan. Wenn auch die meisten Juristen und durchweg die Entscheidungen des Reichsgerichts von solchem Erfordernisse gewisser gemeinsamer rechtlicher Momente nicht sprechen, so will ich ihr Vorhandensein doch für alle die Fälle, in denen Theorie oder Praxis die Zurückbehaltung zulassen, behaupten und im folgenden auch zu beweisen versuchen.

Jetzt will ich zuerst an der Hand theoretischer Erwägungen zu einer Definition „desselben Rechtsverhältnisses“ und „desselben rechtlichen Verhältnisses“ zu gelangen und danach die Richtigkeit dieser, wie das Vorhandensein gewisser „rechtlicher“ Momente darzutun versuchen an Fällen, in denen die Konnexität — scheinbar allein auf Grund rein wirtschaftlicher Momente — von der Praxis angenommen wurde.

Wie ich schon erwähnte, gebraucht das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff des Rechtsverhältnisses öfter, ohne ihn zum terminus technicus zu erheben. Die Theorie versteht darunter ein „rechtlich bedeutsames und deshalb vom Recht bestimmtes Lebensverhältnis“.[5]) Versuchen wir, uns den Begriff an einem praktischen Fall klar zu machen. Doch zuvor sei noch festgestellt, daß Verhältnisse, Beziehungen sowohl zwischen Personen wie zwischen Personen einerseits und Gegenständen (Sachen oder Rechten) andererseits, wie zwischen Gegenständen allein bestehen können. Der Sprachgebrauch geht aber dahin, von Rechtsbeziehungen nur zwischen Personen oder zwischen Personen und Sachen zu sprechen. Hier sei der Einfachheit halber nur von solchen zwischen Personen gesprochen.

Unter einem Verhältnis, einer Beziehung zwischen zwei Personen haben wir uns ein gewisses unsichtbares Band vorzustellen,

---

[5]) *Enneccerus* Bd. 1 S. 83.

das Person an Person knüpft, diese gegenüber der Masse aller anderen Personen individualisiert, so daß die eine Person für die andere an Interesse gewinnt, ihr dadurch näherrückt, in gewisser Hinsicht charakterisiert wird. Dieses Band kann, z. B. als Freundschaftsverhältnis, für Dritte wie für die Parteien rechtlich irrelevant sein. Tritt es aber irgendwie mit der Außenwelt rechtlich in Berührung oder in Fühlung mit der Rechtssphäre eines der beiden Subjekte des Verhältnisses, dann wird dieses Verhältnis zu einem rechtlich bedeutsamen, juristisch relevanten, sei es daß öffentlichrechtliche, sei es daß privatrechtliche Normen verändernd — weiterbildend oder beschränkend — einen Einfluß darauf ausüben. Setzen wir den Fall, daß das bisher rechtlich bedeutungslose freundschaftliche Verhältnis mehrerer Personen — es kann selbstverständlich ein Verhältnis auch zwischen mehr als zwei Personen bestehen — als Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches,[6]) als nichtrechtsfähiger [7]) oder als rechtsfähiger Verein,[8]) in der Form einer Handelsgesellschaft [9]) mit der Rechtsordnung in Beziehung tritt: Rechtsnormen, d. h. Sätze des objektiven Rechts — Normen des Gesetzes-, des Gewohnheitsrechts oder kraft Rechts der Autonomie oder Observanz geschaffene Rechtssätze — finden auf das Verhältnis Anwendung, „ergreifen" es, „gestalten es aus" und „erheben es" zu einem „Rechtsverhältnis".[10]) Auf dieses Verhältnis, aus dem sich eine Reihe von Beziehungen zwischen denselben Personen ergeben können, sind Rechtsnormen anzuwenden, die die Zugehörigkeit zu ein und demselben Rechtsinstitut des Bürgerlichen Gesetzbuches, des Handelsgesetzbuches usw. zum Merkmal haben, so daß wir demnach unter einem „Rechtsverhältnis" eine Summe von Rechtsbeziehungen verstehen wollen, die durch Normen ein und desselben Rechtsinstituts beherrscht werden, einen „abstrakt geregelten Organismus von Beziehungen".[11])

Wollten wir uns nun der Auffassung anschließen, die „rechtliches Verhältnis" mit „Rechtsverhältnis" identifiziert, wir würden bald sehen, daß dann die Anerkennung der Konnexität in mehreren der oben besprochenen Fälle, die das Reichsgericht beschäftigten, unrichtig gewesen wäre. Wir müssen also, wenn wir umgekehrt die Entscheidungen des Reichsgerichts als dem Wesen und Zweck des Zurückbehaltungsrechtes und dessen historischer Entwicklung entsprechend betrachten, und die eben festgelegte Bedeutung von

---

[6]) Buch 2 Abschn. 7 Titel 14.
[7]) § 54 BGB.
[8]) Buch 1 Abschn. 1 Titel 2.
[9]) Buch 2 Abschn. 1 Titel 4.
[10]) Crome Bd. 1 S. 161.
[11]) Schlegelberger S. 89.

„Rechtsverhältnis" aufrechterhalten wollen, zu der Erkenntnis kommen, daß jene Identifizierung das Anwendungsgebiet unseres Rechtsinstitutes viel zu sehr beschränken und dieses zum großen Teil seiner heilsamen Wirkung entziehen würde. Ich will also im folgenden versuchen, eine Definition des rechtlichen Verhältnisses zu finden, die dem Zurückbehaltungsrecht ein größeres Anwendungsgebiet sichert und mit der Praxis und dem Willen des Gesetzgebers besser in Einklang steht.

Denken wir der Einfachheit halber an einen unvollkommen zweiseitigen, also notwendig nur eine Verpflichtung erzeugenden Vertrag zwischen zwei Personen, z. B. einen Auftrag: A beauftragt den B, für ihn unentgeltlich eine Geschäftsbesorgung vorzunehmen. Dieser Tatbestand bringt eine Beziehung zwischen A und B hervor, und da diese unter eine Rechtsnorm, die des § 662 BGB. fällt, eine Rechtsbeziehung, welche in dem Anspruch des A gegen B auf unentgeltliche Geschäftsbesorgung ihren Ausdruck findet. Daß aus einem Auftrag auch noch andere Beziehungen zwischen den Kontrahenten entstehen können und meist entstehen werden, zeigt die Regelung, die der „Auftrag" im Bürgerlichen Gesetzbuch[12]) gefunden hat, ist aber für unsere Betrachtung nicht von Bedeutung. Der Inbegriff aller aus dem Auftrag sich ergebender Rechtsbeziehungen bildet dann ein Rechtsverhältnis, das aus dem Auftragsvertrage sich ergebende Rechtsverhältnis zwischen A und B. Denken wir uns ferner, daß B zur Ausführung der ihm aufgetragenen Geschäftsbesorgung sich von A dessen Fahrrad leiht. Da haben wir einen weiteren unvollkommen zweiseitigen Vertrag, aus dem A verpflichtet wird, sein Fahrrad für den aus dem Zweck der Leihe sich ergebenden Gebrauch[13]) unentgeltlich zu überlassen.[14]) Auch hier haben wir es mit einer rechtlichen Beziehung zwischen A und B zu tun: Die Beziehung steht unter der Rechtsnorm des § 598. Natürlich können auch hier aus der Leihe noch andere Rechtsbeziehungen zwischen A und B sich ergeben, aber auch diese würden sich zu einem Rechtsverhältnis konzentrieren, dem aus dem Leihevertrag sich ergebenden Rechtsverhältnis zwischen B und A. Es bestehen nun zwei Rechtsverhältnisse zwischen A und B, und da ein jedes durch Rechtsnormen, welche unter ein selbständiges Rechtsinstitut des Bürgerlichen Gesetzbuches fallen, geregelt wird, so haben wir es mit zwei selbständigen Rechtsverhältnissen im oben angegebenen Sinne zu tun.[15])

---

[12]) Buch 2 Abschn. 7 Titel 10 §§ 662 f.

[13]) § 604, 2 BGB.

[14]) § 598 BGB.

[15]) s. oben S. 40.

Diese Rechtsverhältnisse stehen aber doch logisch in Verbindung miteinander, abgesehen davon, daß die Kontrahenten A und B dieselben sind. Nach dem Gesamttatbestande können wir annehmen, daß B vielleicht den Auftrag nicht angenommen hätte, hätte er nicht das Rad des A geliehen bekommen, oder daß A die Geschäftsbesorgung dem B nicht zugemutet hätte, hätte er ihm diese nicht durch Leihen seines Rades erleichtern können. Wir sehen hier eine gewisse faktische Abhängigkeit der beiden Rechtsverhältnisse, die auf dem Willen der Kontrahenten beruht. Das „faktische Verhältnis“ wird zur „gewollten Einheit“. Damit wären also die beiden Rechtsverhältnisse zu einem „Komplex“ von solchen, nicht etwa zu einem neuen, die beiden bisherigen umfassenden einheitlichen Rechtsverhältnisse geworden. Wollten wir also an der Identifizierung von „rechtlichem Verhältnis“ und „Rechtsverhältnis“ festhalten, so dürften wir hier z. B. dem B ein Zurückbehaltungs- bezw. Leistungsverweigerungsrecht nicht einräumen: Der Anspruch auf Geschäftsbesorgung aus dem „Auftrag“ und der auf Gebrauchsüberlassung an dem Fahrrad aus der „Leihe“ entspringen zwei juristisch selbständigen Rechtsverhältnissen, wären also nicht konnex.

Denken wir uns nun zwischen zwei anderen Personen C und D einen Leihvertrag abgeschlossen, kraft dessen C verpflichtet wird, dem D sein Fahrrad, aber hier zum beliebigen Gebrauche unentgeltlich zu überlassen, und einen davon völlig unabhängigen Verwahrungsvertrag — C hat dem D eine Kassette zur Aufbewahrung übergeben und D diese angenommen. Auch hier liegen zwei nur unvollkommen zweiseitige Verträge vor. Wir wollen auch hier nur die zwei begrifflich notwendigen Rechtsbeziehungen betrachten: Von einer „faktischen Abhängigkeit“ der beiden Verpflichtungen kann hier nach dem Gesamttatbestande nicht die Rede sein. Ein jeder Vertrag wäre auch ohne den andern abgeschlossen worden, denn die Erwägung, daß eine Gefälligkeit eines Kontrahenten auch den andern gelegentlich zu einer solchen bestimmen wird, ist rechtlich belanglos. Auch hier wird die Verpflichtung des C wie die des D durch eine von der andern gänzlich verschiedene Rechtsnorm, die auch einem anderen Rechtsinstitut angehört, statuiert: Also auch hier zwei getrennte Rechtsverhältnisse, nur daß diese im Gegensatz zum ersten Beispiel keinen Komplex von Rechtsverhältnissen, keine „gewollte Einheit“ bilden. Ebensowenig ist also auch hier einem Kontrahenten ein Zurückbehaltungsrecht einzuräumen, z. B. darf D nicht etwa die Kassette, wenn sie C herausfordert, zurückbehalten, weil dieser ihm den Gebrauch des Rades nicht überlassen hat.

Während dieses Resultat uns aber im zweiten Beispiel durchaus befriedigt, widersprach es im ersten Fall unserm Rechtsgefühl:

Soll dort, wo eine gewisse „gewollte Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses“ eine gewisse „gewollte Bedingtheit von Leistungen und Gegenleistungen“ zweifellos vorhanden waren, ebenso wie im zweiten Fall, wo von einem solchen Willen der Parteien nicht die Rede sein kann, das Zurückbehaltungsrecht verweigert werden? Wollten wir die Begriffe „rechtliches Verhältnis“ und „Rechtsverhältnis“ gleichstellen und an jener Definition des letzteren — „ein durch Rechtsnormen ein und desselben Rechtsinstituts geregelter Inbegriff von Rechtsbeziehungen“ festhalten, so können wir zu keinem anderen Resultat kommen.

Bei näherer Betrachtung jener eben behandelten Beispiele sahen wir, daß zwar in beiden Fällen zwei getrennte Rechtsverhältnisse vorlagen, daß diese jedoch in dem ersteren in einem gewissen faktischen Verhältnis zueinander standen, im zweiten nicht. Die Berücksichtigung von Treu und Glauben drängt uns bei Beantwortung der Frage, ob in diesen Fällen ein Zurückbehaltungsrecht zu gewähren sei oder nicht, dazu, jenem Unterschiede einen Einfluß auf die Entscheidung einzuräumen. Dieses *faktische* Verhältnis verlangt mit seiner gewollten Einheit geradezu eine Beachtung bei seiner *rechtlichen* Behandlung. Das hat nun, wie wir oben bei Betrachtung einiger Entscheidungen des Reichsgerichts sahen, in der Praxis tatsächlich stattgefunden. Nur lassen die Entscheidungen nicht erkennen, ob *nur praktische* Erwägungen, also besonders wirtschaftliche Momente den Gerichtshof zur Zulassung der Zurückbehaltung bewogen, oder ob bei diesen Entscheidungen auch *rein juristische* Gründe mitgewirkt haben. Im folgenden will ich zuerst an der Hand der beiden besprochenen Beispiele das Vorhandensein gewisser *juristischer* Momente als zur Bildung der *faktischen* Einheit mitwirkender Faktoren nachzuweisen versuchen. Gelingt uns das, dann ist damit dem Komplex von Rechtsverhältnissen, dem innerlich zusammengehörigen, einheitlichen *Lebensverhältnis* der *wirtschaftlichen* Einheit auch eine *juristische* Grundlage gegeben, die nicht mehr in freilich nur scheinbarem Gegensatz zu den Worten des Gesetzes steht, welches von einem *rechtlichen* Verhältnis spricht.

Bleiben wir bei dem ersten der obigen Beispiele: A und B haben einen Vertrag (I) über eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung seitens des B und einen zweiten (II) über eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung seitens des A geschlossen. Wie wir sahen, entstanden zwei juristisch selbständige Rechtsverhältnisse zwischen denselben Personen, die nur in einem gewissen faktischen Verhältnisse zueinander standen. Betrachten wir einmal eingehend die Struktur der diesen beiden Rechtsverhältnissen zugrunde liegenden beiden Rechtsbeziehungen, d. h. also derjenigen beiden, deren Not-

wendigkeit sich aus dem Charakter der Verträge als unvollkommen zweiseitiger ergibt, unter Beiseitelassung der eventuellen entstehenden Nebenverpflichtungen. Eine jede Rechtsbeziehung, die ihren konkreten Ausdruck in einem Anspruche des einen Kontrahenten gegen den andern findet, wird charakterisiert erstens durch das jeweilige tatsächliche Verhältnis zwischen A und B, den sogen. Tatbestand, bestehend aus einzelnen Tatsachen, und zweitens durch eine Rechtsnorm. Der Rechtsbeziehung I, die in dem Anspruch des A gegen B auf unentgeltliche Geschäftsbesorgung ihren Ausdruck findet, liegt als Tatbestand der durch A dem B erteilte Auftrag, das betreffende Geschäft auszuführen, und die Annahme des Auftrages durch B zugrunde. Die in Betracht kommende Rechtsnorm liefert § 662 BGB. Der Rechtsbeziehung II, die in dem Anspruch des B gegen A auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung an dem Rade ihren Ausdruck findet, und zwar auf Gebrauchsüberlassung für die zur Besorgung des dem B aufgetragenen Geschäftes erforderliche Zeit, liegt der zwischen A und B geschlossene, das Fahrrad des A betreffende Leihvertrag zugrunde. Die erforderlichen Rechtsnormen liefern die §§ 598 und 604, 2 BGB. Hier fällt uns sogleich auf, daß im Tatbestand der Rechtsbeziehung II der der Rechtsbeziehung I enthalten ist. Dies entspricht auch dem Willen der Parteien. Eine wirtschaftliche Selbständigkeit hatte ja der Vertrag II von vornherein nicht. Betrachten wir nun den ganzen Komplex von Rechtsverhältnissen, gebildet aus den Verträgen I und II, so sehen wir, daß er doch nicht nur aus zwei juristisch völlig selbständigen Rechtsverhältnissen besteht. Das Rechtsverhältnis II hat das Rechtsverhältnis I zur notwendigen Voraussetzung, dies gehört zu seinem Tatbestande. Der Komplex bildet nicht bloß eine faktische Einheit, denn da die zwei diese gewollte Einheit bildenden Rechtsverhältnisse einige Tatsachen gemein haben — das zweite umfaßt das erste als wesentlichen Bestandteil — und demgemäß auf beide Rechtsverhältnisse ein und dieselbe Rechtsnorm des § 662 zur Anwendung kommt, so wird diese „gewollte Einheit des *faktischen* Verhältnisses“ zu einer *rechtlichen* Einheit. Diese rechtliche Einheit, gebildet durch mehrere, an sich selbständige Rechtsverhältnisse, die aber in ihrem Tatbestande insoweit Übereinstimmung zeigen, daß sich mindestens *eine* Rechtsnorm auf alle anwenden läßt, möchte ich im Gegensatz zu den sie bildenden mehreren Rechtsverhältnissen als „rechtliches Verhältnis“ bezeichnen.

Wenn Rech, dessen Theorie ich mich bei obiger Entwicklung im allgemeinen angeschlossen habe, diese rechtliche Einheit als „Rechtsverhältnis“ bezeichnet,[16]) so ist das insofern vollkommen

[16]) *Rech* S. 26.

anzuerkennen, als das Sprachgefühl sich, wie gesagt, dagegen sträubt, einen begrifflichen Unterschied zwischen „rechtlichem Verhältnis“ und „Rechtsverhältnis“ zu machen. Doch möchte ich, nachdem ich schon die Bedeutung des Rechtsverhältnisses[17]) festgelegt habe, eine Wiederholung dieses somit als terminus technicus anerkannten Begriffes in anderer, weiterer Bedeutung zur Vermeidung von Verwechselungen umgehen und die Terminologie des Gesetzes, mag sie auch zu Bedenken Anlaß geben, hier akzeptieren. Ich glaube damit den Worten des Gesetzes keine Gewalt anzutun, vielmehr im Willen des Gesetzgebers zu handeln.

Während wir also unter einem „Rechtsverhältnis“ ein Verhältnis verstehen, das eine oder mehrere tatsächliche Beziehungen umfaßt, und auf das zu einem Rechtsinstitute gehörige Rechtsnormen Anwendung finden, wodurch diese tatsächlichen Beziehungen zu Rechtsbeziehungen werden, haben wir als „rechtliches Verhältnis“ im Sinne des § 273, 1 den Inbegriff aller zwischen zwei Personen bestehenden Rechtsbeziehungen anzusehen, für die sich die gemeinsame Anwendbarkeit mindestens e i n e r Rechtsnorm aus dem ganz oder teilweise identischen Tatbestande ergibt. Der Unterschied zwischen beiden Begriffen liegt also darin, daß das „rechtliche Verhältnis“ der weitere Begriff ist, daß also jedes „Rechtsverhältnis“ auch ein „rechtliches Verhältnis“ ist, umgekehrt aber ein „rechtliches Verhältnis“ zu einem „Rechtsverhältnis“ erst dann wird, wenn sich die seinen Rechtsbeziehungen zugrunde liegenden Tatbestände zu einem die Grundlage eines und desselben Rechtsinstitutes bildenden Gesamttatbestande konzentrieren und damit die darauf in Anwendung kommenden Normen notwendigerweise eben diesem einen Rechtsinstitute angehören.

Daß in Fällen, in denen vom Gesetz oder durch die Judikatur eine Zurückbehaltung bezw. Leistungsverweigerung zugelassen ist, ein und dasselbe „rechtliche Verhältnis“, wenn nicht gar dasselbe „Rechtsverhältnis“ in dem soeben erörterten Sinne vorliegt, will ich jetzt zu zeigen versuchen.

Wie schon am Anfang[18]) erwähnt, ist nach der herrschenden Ansicht eine der häufigsten Anwendungsfälle des Zurückbehaltungsrechtes der der gegenseitigen Verträge.[19]) Hier ebenso wie nach obiger Ausführung bei den unvollkommen zweiseitigen Verträgen — bei den streng einseitigen (z. B. dem Darlehen)[20]) ist ein Gegenanspruch und demnach ein Zurückbehaltungsrecht aus demselben „Rechtsverhältnisse“ begrifflich ausgeschlossen — beruhen Anspruch

---

[17]) vgl. oben S. 40.
[18]) vgl. oben S. 1.
[19]) §§ 320 f. BGB.
[20]) BGB. Buch 2 Abschn. 7 Titel 5.

und Gegenanspruch auf demselben Tatbestand, nämlich dem Inbegriff der vom Gesetz als Grundlage des betreffenden Rechtsinstitutes geforderten Tatsachen, auf die also auch Normen nur dieses einen Institutes zur Anwendung kommen.

Ein Zurückbehaltungsrecht hat wegen seines Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen z. B. der unbeauftragte Geschäftsführer, dessen Geschäftsführung „dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn" entsprach, geradeso „wie ein Beauftragter"[21][22]: Die Geschäftsführung ohne Auftrag wird heute nicht mehr wie im römischen Recht als kontraktsähnlicher Tatbestand angesehen; dennoch bilden die §§ 677—687 BGB. ein „Rechtsinstitut", d. h. den „Inbegriff der Rechtsregeln, welche zusammengehören, weil sie den Zweck haben, Rechtsverhältnisse ein und derselben Art zu regeln".[23] Der Anspruch auf Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten und der Gegenanspruch auf Ersatz der Aufwendungen entspringen also „demselben Rechtsverhältnis" und sind demnach konnex. Wenn sich der erste Anspruch auch auf § 667, also eine zum Rechtsinstitut des „Auftrags" gehörige Norm stützt, so bedeutet dies kein Abweichen von obiger Definition des Rechtsverhältnisses, denn § 667 ist durch § 681 zu einer auch zum Institut der „Geschäftsführung ohne Auftrag" gehörigen Norm erklärt worden. Rech, der den von uns aufgestellten Begriff des Rechtsverhältnisses nicht kennt — er bezeichnet als „Rechtsverhältnis" das, was wir als „rechtliches Verhältnis" bezeichnen —, muß hier[24] das Vorliegen eines „Rechtsverhältnisses" in seinem, also eines „rechtlichen Verhältnisses" im hier gebrauchten Sinne nachweisen, d. h. das Vorliegen von Rechtsbeziehungen, deren teilweise identischer Tatbestand die Anwendung einer und derselben Rechtsnorm auf beide Beziehungen ermöglicht. Der diesen beiden Beziehungen gemeinsame Tatbestand, die auftraglose Geschäftsführung, liegt hier auf der Hand.

Ebenso leicht nachzuweisen ist die vorliegende Konnexität in den Fällen der §§ 304 — Anspruch des Gläubigers auf Leistung und des Schuldners auf Ersatz der Mehraufwendungen während des Annahmeverzuges — und 368 — Anspruch des Gläubigers auf Zahlung und des Schuldners auf Quittung. An beiden Fällen weist Rech den beiden Rechtsbeziehungen ganz oder teilweise gemeinsamen Tatbestand nach, der die Anwendbarkeit ein und derselben Rechtsnorm auf beide ermöglicht.[25] Sie seien daher

[21] § 683 BGB.
[22] z. B. Planck Bd. 2 S. 64 und Schollmeyer S. 91.
[23] Engelmann S. 34.
[24] Rech S. 60, 61.
[25] S. 59 f.

hier nur erwähnt, ebenso wie der in Bd. 14 der Entscheidungen des Reichsgerichts behandelte Fall, da ihn einmal Rech[26]) eingehend bespricht und er sich ferner noch unter der Geltung des gemeinen Rechts abgespielt hat. Dafür sei hier mit wenigen Worten auf die Entscheidung in Bd. 57 eingegangen.

Wie das Reichsgericht[27]) ausgeführt hat, liegt hier ein natürlicher Zusammenhang der drei Verträge vor. Der Pachtvertrag ist der Mittelpunkt des Komplexes von Verträgen; das zeigt schon die Wiedergabe des Tatbestandes, wo von „der über die Verpachtung errichteten Urkunde" gesprochen ist. Die zwei anderen Verträge hängen mit diesem unmittelbar zusammen, sie haben ihn zur Voraussetzung, ohne ihn wären sie nicht geschaffen worden. Wohl ist denkbar, daß nur Pacht und Kaufvertrag eingegangen worden wären, ohne jedes Abkommen und umgekehrt. Aber durch diesen die Voraussetzungen beider bildenden Pachtvertrag ist ein, wenn auch nur indirekter Zusammenhang zwischen Abkommen und Kauf hergestellt, äußerlich schon durch die fortlaufenden Paragraphen in der Pachturkunde zum Ausdruck gebracht. Die dem Kauf und dem Abkommen zugrunde liegenden Tatbestände haben also den der Pacht gemein; sie stimmen also insofern überein, so daß gewisse Normen, und zwar hier die über die Pacht, auf beide Anwendung finden. Die drei Verträge bilden also ein rechtliches Verhältnis, und somit ist der einen Partei, dem Verkäufer, ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der Eigentumsverschaffung wegen seines Anspruchs auf vollständige Leistung aus dem Abkommen zu gewähren. Wir sehen also, daß „dieser natürlichen, gewollten oder als gewollt vorauszusetzenden Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" und dem hierdurch bewirkten „natürlichen Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche"[28]) auch rechtliche Momente zugrunde liegen, die die Anerkennung der Konnexität nicht nur im Sinne, sondern auch nach den Worten des § 273, 1 BGB. rechtfertigen.

Eine kurze Bemerkung von diesem theoretischen Gesichtspunkte aus sei noch jenen Entscheidungen gewidmet, in denen das Reichsgericht Ansprüche aus verschiedenen, aber einer Geschäftsverbindung angehörigen Verträgen für konnex erklärt hat.[29]) Stehen zwei Personen in Geschäftsverbindung miteinander und schließen sie in dieser wiederholt Kaufverträge über gleichartige Waren ab, so bilden diese eine „natürliche Einheit des faktischen Verhältnisses".

---

[26]) S. 75 f.
[27]) Bd. 57 S. 5 f.
[28]) Entsch. d. RG. Bd. 57 S. 7.
[29]) Entsch. d. RG. in Holdheims Monatsschr. 1906 Nr. 10 S. 279/80; Rechtspr. d. OLG. Bd. 3 S. 354/55; Entsch. d. RG. Bd. 68 S. 32 ff.

Die sich aus ihnen ergebenden Ansprüche sind nicht bloß dann konnex, wenn sie demselben einen Vertrage, sondern auch wenn sie verschiedenen Verträgen angehören, denn die diesen zugrunde liegenden Tatbestände stimmen stets im wesentlichen miteinander überein, und die auf sie in Anwendung kommenden Rechtsnormen gehören ein und demselben Rechtsinstitute, z. B. dem des Kaufes, an; Anspruch und Gegenanspruch entspringen also hier sogar demselben „Rechtsverhältnis". Ebenso liegt der Fall, wenn nur ein Vertrag geschlossen ist und Teillieferungen vereinbart sind.[30])

Wie oben bei Besprechung des heutigen Standes der Judikatur, seien auch hier, wo es sich um den Nachweis der Richtigkeit einer Theorie handelt, wenige Fälle kurz erwähnt, in welchen das Reichsgericht Konnexität nicht als gegeben angesehen und somit Zurückbehaltung für unzulässig erklärt hat. Der Tatbestand, der dem Urteil v. 8. 4. 1903[31]) zugrunde liegt, bedarf deshalb keiner eingehenden Behandlung, weil dort vorerst rechtlich nur ein Anspruch gegeben ist, es also an der Gegenseitigkeit fehlt, einer notwendigen Voraussetzung der Zurückbehaltung.

Anders liegen die Tatsachen dort, wo das Reichsgericht[32]) Konnexität leugnete zwischen dem Anspruch des Miterben auf Auskunft über den Nachlaß und dem des Testamentsvollstreckers auf Rückzahlung eines jenem Miterben vom Erblasser gegebenen Darlehns. Der Anspruch des Miterben gründet sich darauf, daß er als Testamentserbe ein Recht auf Auskunft hat; die zur Anwendung kommende Norm ist die des § 666 im Anschluß an § 2218. Der Anspruch des Testamentsvollstreckers — abgesehen von der Tatsache, daß er Testamentsvollstrecker ist — gründet sich auf den Umstand, daß der Beklagte vom Erblasser ein Darlehn empfangen hat, also Nachlaßschuldner ist; die nötige Norm liefert § 2212. Diese beiden Ansprüche haben nichts als die Kontrahenten gemein; Konnexität und Zurückbehaltungsrecht wurden also mit Recht abgelehnt.

Hiermit glaube ich zur Genüge dargetan zu haben, daß eine Identifizierung von „Rechtsverhältnis" und „rechtlichem Verhältnis" nicht zulässig ist, will man nicht wie Rech den von der Theorie gleichsam zum terminus technicus erhobenen Begriff „Rechtsverhältnis" erheblich erweitern. Die Worte des § 273, 1 besagen freilich, will man nur nach dem Sprachgefühl urteilen, nichts anderes, als was „dasselbe Rechtsverhältnis" besagen würde.

---

[30]) Urteil d. OLG. Breslau im Recht 1904 Nr. 2 S. 44.
[31]) Entsch. d. RG. Bd. 54 S. 237.
[32]) Entsch. d. RG. Bd. 49 S. 82.

Doch meiner Ansicht nach hat der Gesetzgeber mit Absicht die Worte „dasselbe rechtliche Verhältnis“ gewählt, um die Praxis bei Beantwortung der Frage, ob in konkreten Fällen das Zurückbehaltungsrecht zu gewähren sei, nicht über Gebühr zu beschränken und so die Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte zur Unmöglichkeit zu machen. Mit „demselben rechtlichen Verhältnis“ hat der Gesetzgeber die spät-gemeinrechtliche Praxis und damit Goldschmidts Konnexitätstheorie Gesetzeskraft verliehen, wenn auch die Terminologie von § 273, 1 das vorerst nicht zu besagen scheint. Tatsächlich hat die Judikatur durch die Schaffung des Zurückbehaltungsrechtsinstitutes in §§ 273 f. BGB. keine Veränderung erfahren; der Gegensatz zwischen Gesetzestext und Judikatur ist aber nur ein äußerlicher: das Reichsgericht in erster Linie nimmt eine „natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses“ [33]) und damit Konnexität der beiderseitigen Ansprüche nur als gegeben an, wenn auch rechtliche, nicht nur wirtschaftliche Momente die an sich selbständigen Rechtsbeziehungen zu der faktischen Einheit gestalten, so daß also in der Tat — oft freilich auf den ersten Blick nicht erkennbar — eine rechtliche, nicht bloß eine faktische Einheit für Zulassung des Zurückbehaltungsrechtes spricht, also den Gesetzesworten in der Judikatur keineswegs Gewalt, im Gegenteil vollauf Genüge getan ist. Wie man nun diesem rechtlichen Momente Ausdruck gibt, ob, wie Rech, durch eine die in der Theorie übliche Bedeutung des Begriffes erheblich erweiternde Definition von „Rechtsverhältnis“, oder durch eine neue Formulierung, bleibt selbstredend im Prinzip gleich. Nur scheint der Gesetzgeber das Erfordernis einer durch gewisse rechtliche Momente noch unterstützten wirtschaftlichen Einheit durch „dasselbe rechtliche Verhältnis“ haben zum Ausdruck bringen wollen, so daß ich es für das beste halte, bei dieser Terminologie zu bleiben.

[33]) Entsch. d. RG. Bd. 57 S. 7.

Schluß.

Die Konnexität bei den in § 273, 2 geregelten Fällen des Zurückbehaltungsrechts.

Nachdem die Bedeutung der streitigen Worte des § 273, 1 BGB. festgestellt ist, sei am Schlusse noch auf eine andere der vielen Streitfragen, die sich an das Zurückbehaltungsrecht knüpfen, eingegangen, nämlich auf das Verhältnis zwischen Abs. 1 u. 2 des § 273. Daß diese Frage für unsere Aufgabe von Bedeutung ist, wird sich bald zeigen.

In der theoretischen Wissenschaft besteht nämlich ein Streit darüber, in welchem Verhältnisse die in Abs. 2 unseres Paragraphen geschaffenen Fälle des Zurückbehaltungsrechtes zu dem in Abs. 1 enthaltenen stehen. Zweifelsfrei ist der Umstand, daß im § 273 drei Fälle des Zurückbehaltungsrechtes geregelt sind:

1. der Fall, daß „der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger" hat (§ 273, 1);

2. der Fall, daß demjenigen, der „zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand . . . zusteht (§ 273, 2 Satzteil 1);

3. der Fall, daß demjenigen, „der zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, ein fälliger Anspruch . . . wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht" (§ 273, 2 Satzteil 2).

Einige, so z. B. Staudinger,[1] Planck,[2] Engelmann,[3] Stammler,[4] die übrigens meist, der Struktur unseres Paragraphen folgend, den zweiten und dritten Fall äußerlich vereinen, was natürlich an der juristischen Auffassung nichts ändert, sehen die drei Kategorien als drei getrennte Fälle des Zurückbehaltungsrechtes an. Im ersten Falle ist Konnexität erforderlich, Anspruch

---

[1]) Staudinger Bd. 2 a S. 73, 75.
[2]) Bd. 2 S. 63, 65.
[3]) S. 245.
[4]) S. 102/03.

und Gegenanspruch müssen aus „demselben rechtlichen Verhältnis“ entstanden sein; in den zwei andern Fällen ist diese nicht nötig, hier „wird das in Abs. 1 erforderte konnexe rechtliche Verhältnis durch die Beziehung des Gegenanspruches auf den Gegenstand ersetzt“.[5]) Auch Dernburg[6]) teilt sichtlich diese Auffassung, wenn er sie auch nicht direkt ausgesprochen hat. Einige, so Crome,[7]) Enneccerus,[8]) Schollmeyer,[9]) betrachten die drei oben genannten Fälle des Zurückbehaltungsrechtes als voneinander unabhängig. Doch im Gegensatz zu den Vertretern der ersten Ansicht sehen sie auch im zweiten und dritten Fall Konnexität als gegeben an, nur daß das hier eine andere Art der Konnexität ist als die in Abs. 1 geforderte. In den Fällen des Abs. 2 brauchen Anspruch und Gegenanspruch nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis zu beruhen, hier ist die Konnexität schon „durch die gemeinsame Beziehung auf den Gegenstand“ geschaffen.[10]) Eine dritte Auffassung, daß nämlich in Abs. 1 eine Generalregel des gesamten Zurückbehaltungsrechtes gegeben sei, also der zweite und dritte Fall nur ihrer großen Häufigkeit und Bedeutung wegen vom Gesetzgeber besonders hervorgehobene Anwendungsfälle des in Abs. 1 einheitlich geregelten Zurückbehaltungsrechtes darstellten,[11]) vertreten die Motive,[12]) nach denen im zweiten und dritten Falle „Konnexität im Sinne des Gesetzes“ vorliegt, woraus der Schluß zu ziehen wäre, daß die unter 2 und 3 fallenden Tatbestände, in denen also nach § 273, 2 Zurückbehaltung gewährt wird, auch unter die Vorschrift des Abs. 1 fallen, bei ihnen also ein Zurückbehalten auch gewährt würde, wenn Abs. 2 gar nicht bestünde. Andererseits muß auch bei ihnen die in Abs. 1 einheitlich für alle Fälle statuierte Voraussetzung, daß Anspruch und Gegenanspruch aus „demselben rechtlichen Verhältnis“ hervorgehen, also Konnexität im Sinne des Gesetzes,[13]) gegeben sein. Sieht man näher hin, so ist diese Auffassung nichts anderes als die von Crome usw. vertretene. Denn, wie ich sogleich nachweisen zu können hoffe, ist „die gemeinsame Beziehung auf den Gegenstand“ in § 273 auch eine „Identität des rechtlichen Verhältnisses“, also strenggenommen sind tatsächlich

---

[5]) So Rehbein Bd. 1 S. 93.
[6]) Bd. 2, 1 S. 145/46.
[7]) Bd. 1 S. 548.
[8]) Bd. 1 S. 625.
[9]) S. 90, 91.
[10]) Oertmann S. 78.
[11]) So die Prot. Bd. 1 S. 311.
[12]) Bd. 2 S. 42.
[13]) Mot. Bd. 2 S. 42.

der zweite und dritte Fall nur Unterarten des ersten, welchem Umstand freilich das Gesetz in seiner Terminologie nicht Ausdruck gegeben hat.

Hieraus wird der Zusammenhang dieser Streitfrage mit dieser Abhandlung ersichtlich: Beruhen der Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes und der auf Ersatz von Verwendungen oder Schäden auch stets auf demselben rechtlichen Verhältnis? Eine Judikatur besteht naturgemäß hierüber nicht, da es praktisch gleichgültig ist, ob z. B. wegen Verwendungsansprüchen ein Zurückbehalten gestattet wird, weil diese auch auf „demselben rechtlichen Verhältnisse" beruhen wie der Herausgabeanspruch, oder deshalb, weil Abs. 2 von § 273 ausdrücklich ein vom Abs. 1 unabhängiges Zurückbehaltungsrecht statuiert.

An einem Falle will ich nachzuweisen versuchen, daß die Ansprüche aus § 273, 2 auch im Sinne von Abs. 1 konnex sind, also auf „demselben rechtlichen Verhältnisse" beruhen, wodurch freilich die Streitfrage keineswegs entschieden ist. Nur im Falle des Mißlingens wäre die Annahme, der zweite und dritte Fall seien nur Anwendungsfälle des ersten, widerlegt, und allein die Ansicht als richtig begründet, die in § 273, 1 u. 2 drei selbständige, voneinander unabhängige Fälle des Zurückbehaltungsrechtes erblickt.

Beschränken wir uns auf den Fall des § 1000, den freilich einige[14]) als ein selbständiges von dem Zurückbehaltungsrecht des § 273 unabhängiges „Zurückbehaltungsrecht des Sachenrechtes" ansehen. § 1000 Satz 1 sagt: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird". Beide Ansprüche, die sich aus den zwei zwischen Eigentümer und Besitzer bestehenden Rechtsbeziehungen ergeben, finden ihre gesetzliche Regelung in einem Rechtsinstitut, dem Eigentum. Sowohl die Eigentumsklage[15]) als die Klage auf Ersatz von Verwendungen seitens des Besitzers gehören dem Institut des Eigentums an.[16]) Beide Ansprüche entspringen also sogar „demselben Rechtsverhältnis" und sind somit auch konnex im Sinne von § 273, 1. Ebenso klar liegt der Tatbestand, wenn auf Grund obligatorischer Forderungen Ersatzansprüche entstehen.

Auf diese Streitfrage näher einzugehen, insbesondere sie im Sinne einer der vertretenen Ansichten zu entscheiden, gehört nicht zu unserer Aufgabe. Halten wir an der hier gegebenen Defini-

---

[14]) vgl. oben S. 1.
[15]) § 985 BGB.
[16]) BGB. Buch 3 Abschn. 3 §§ 903 f.

tion „desselben rechtlichen Verhältnisses“ fest, so wäre der ersten Ansicht wohl beizutreten; die in Abs. 2 behandelten Fälle des Zurückbehaltungsrechtes scheinen dann selbständige Existenz nicht zu haben. Daß aber die Terminologie des Gesetzes in Abs. 2 gegen diese Auffassung und für die Selbständigkeit der drei Zurückbehaltungsrechtsfälle in § 273 zu sprechen scheint, will ich zugeben, was freilich im Widerspruch mit den Motiven[17]) steht, die doch in den Fällen von § 273, 2 „Konnexität im Sinne des Gesetzes“ als gegeben ansehen. Aber dieser Streit hat, wie gesagt, praktische Bedeutung nicht.

[17]) Bd. 2 S. 42.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 14. November 1887 wurde ich, Martin Röttcher, zu Breslau als Sohn des Bankprokuristen Georg Röttcher und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Zeuschner geboren. Ich bin evangelisch-reformierter Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit.

Nachdem ich Ostern 1906 am Gymnasium und Realgymnasium zum heiligen Geist (Gymnasialabteilung) zu Breslau das Abiturientenexamen bestanden hatte, studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar die vier ersten Semester in Breslau, das fünfte Semester in Freiburg i. B. und das sechste Semester wiederum in Breslau. Ich hörte Vorlesungen folgender Herren Professoren: Brie, Dahn, Engelmann, O. Fischer, Gretener, Heilborn, Klingmüller, R. Leonhard, Herbert Meyer, v. Rohland, Rosin, Schott, v. Wenckstern und Dr. Thoma.

Am 28. Oktober 1909 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 26. November 1909 das Rigorosum ebenfalls in Breslau. Zurzeit bin ich am Kgl. Amtsgericht zu Neurode i. Schl. beschäftigt.

Meiner Militärpflicht habe ich noch nicht genügt.

Herrn Professor Dr. Schott spreche ich an dieser Stelle für seine freundliche Unterstützung meinen Dank aus.